This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

KELLOGG, EMERY, INNESS-BROWN & CUTHELL
120 BROADWAY, N. Y.

Digitized by Google

LOQ
GB
1904
t. 1

Digitized by Google

Digitized by Google

ESTUDIOS

SOBRE EL

Venezuela. Laws, statutes, etc.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO

DEL DOCTOR

RAMON F. FEO

ABOGADO DE LA REPUBLICA.

MIEMBRO QUE FUE DE LAS COMISIONES REDACTORAS DE LOS CODIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTO CIVIL EN 1873: DE LA REVISORA DE LOS MISMOS EN 1880; Y QUE PRESIDIO LA REVISORA DECRETADA EN 1895.

TOMO PRIMERO

CARACAS

TIPOGRAFIA GUTTENBERG.—SOCIEDAD Á SAN FRANCISCO NUMERO 4

1904

Digitized by Google

Digitized by Google

R. TELLO MENDOZA,

Gobernador del Distrito Federal

HAGO SABER:

Que se ha presentado ante mí el ciudadano Doctor Ramón F. Feo reclamando derecho exclusivo para publicar y vender una obra de su propiedad, cuyo título ha depositado en este Despacho y es como sigue:

"Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano, del Doctor Ramón F. Feo, abogado de la República; miembro que fué de las Comisiones redactoras de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil en 1873; de la Revisora de los mismos en 1880; y que presidió la revisora decretada en 1895"; y que habiendo prestado el juramento requerido por la Ley sobre propiedad intelectual, le pongo en posesión del Derecho que concede la mencionada Ley.

Dado en el Palacio de Gobierno del Distrito Federal y refrendado por el Secretario del Despacho en Caracas á veintisiete de febrero de mil novecientos cuatro.—Año 93º de la Independencia y 45º de la Federación.

R. Tello Mendoza.

Refrendado.

El Secretario de Gobierno,

Andrés Mata.

Digitized by Google

Digitized by Google

PRÓLOGO

« ESTUDIOS SOBRE EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO » llama el Doctor Ramón F. Feo la importante obra que ha dado á la luz en la prensa venezolana. El crédito que posee de jurisconsulto de primera nota, por su copiosa ilustración, su inteligente actividad y el buen olor de su conducta profesional, abonan las cualidades de su trabajo y dan garantía del servicio notable que recibirá nuestra ciencia jurídica con la exposición de los juicios del autor.

La ley obliga á todos,—todos deben cumplirla; y como la ignorancia de la ley no excusa á nadie,—todos deben entenderla.

De aquí la necesidad de que la primera condición material de la ley sea la claridad. Mas como el lenguaje no alcanza siempre esa perfección, ni las leyes pueden ser nimiamente casuísticas para abrazar en sus disposiciones todos los aspectos de una materia, ni, en caso de serlo, podrían lisonjearse de llenar su objeto, porque la previsión absoluta no es dote del entendimiento humano, todos los Códigos, en todas las naciones, han debido ser acabalados por el comentario de los jurisconsultos que, poniendo sobre ellos el resplandor de los principios jurídicos y desentrañando todas las legítimas consecuencias que de su espíritu nacen y se desprenden, los aclaran, los explican, los justifican y los fijan, determinando de una manera precisa la esfera de acción en que se mueve el dictado del legislador.

No de otro modo puede penetrar el conocimiento de los deberes legales en el ánimo de todos los ciudadanos, y prevenirse la incertidumbre de los jueces en trances de oscuridad, abriéndose ancha vía de conducta segura para todos, en el procedimiento, en la estimación de las acciones legales y en la final determinación de los litigios.

Labor ésta que ha creado la celebridad de muchos jurisperitos en gran número de países, y les ha otorgado la gloria de constituírlos en autoridad respetable y respetada, cuyos nombres suenan cada día y cada hora en el recinto de la Magistratura judicial, en las discusiones públicas de ambos Continentes, como

Digitized by Google

de árbitros perpetuos y universales que se levantan de su tumba á poner paz en las controversias, luz en los juicios y seguridad de bien obrar en la conciencia de los distribuidores de la justicia.

Sano renombre y envidiable fama por lo bienhéchora, y porque anda entretejida con los resplandores de la justicia, que es la virtud más bella del hombre y de las sociedades.

Esa viene á conquistar hoy nuestro ilustrado jurisconsulto Doctor Ramón F. Feo,—como adimento á la que ya esclarece su nombre, obtenido en sus luminosos debates y gloriosos triunfos en el foro venezolano,—con sus eruditos Comentarios al Código de Procedimiento Civil.

Recorre el Doctor Feo en sus Estudios, la historia de la legislación procedimental, desde la de Roma, de cuya jurisprudencia desciende hoy la del mundo culto, examinando en seguida El Derecho Español relativo á la materia, que fué nuestra antigua legislación, hasta llegar al año de 1836, en el cual se dictó nuestro primer Código de Procedimiento obra del eximio Doctor Aranda, para señalar en seguida las variaciones que posteriormente ha sufrido nuestro Derecho hasta dejar así establecido el génesis del que hoy rige,—todo esclarecido con la luz de una erudición de buena ley y con juicios ciertos sobre la intención y propósitos de la ley,—con lo que queda excluida toda vacilación y duda en el camino que han de trillar los ciudadanos para obtener el reconocimiento de su derecho, y los jueces, para acertar en sus decisiones.

Ha procedido en esto el Doctor Feo, ni más ni menos que el filólogo etimologista, que recorre de lengua en lengua el camino de una palabra, y la sigue á través de las transformaciones que va sufriendo, hasta fijar racionalmente la verdadera significación del vocablo.

De donde resulta, como lo dejo ya dicho, que la sólida y copiosa doctrina con que enriquece hoy el Doctor Feo la biblioteca jurídica de Venezuela, es una fuente de ilustración para el foro patrio, venero de sano saber que fecundará los estudios de esta parte de la ciencia, unificará los criterios y servirá de antorcha en las oscuridades é incertidumbres.

El Código Civil sustantivo ha tenido ya ilustres Comentadores nacionales, entre ellos los sabios Sanojo y Domínici, que nos guían con paso cierto en el camino de las reivindicaciones del derecho; era necesario ahora poner á la misma luz nuestro Código de Procedimiento, pues aunque en remoto tiempo anotaron el d- aquella época los ilustrados Castillo y Viso, ni abarcaron en trabajo toda la extensión que exijía la materia, ni son de t validez hoy sus lucubraciones, porque nuestra legislación act difiere en varios casos de aquella. El Doctor Feo viene á coln hoy este vacío, con lujo de saber.

No me toca, porque no voy á escribir otro libro, ocupar

Digitized by Google

en señalar los esclarecimientos y lógicos aciertos de que, con ingenio perspicuo y sagaz, ha sembrado sus ESTUDIOS el Doctor Feo; pero sí diré que no es menos importante su obra por ceñirse al solo Procedimiento, ya que no se va á ninguna parte sin saber el camino y sin ir proveído del viático necesario para poder llegar al término deseado, quedándonos como Josué viendo la tierra prometida sin alcanzarla. Incontestable puede ser el derecho: el Código Civil lo ampara; pero si no se reclama en forma,—es como si no existiera. Toda acción mal presentada está perdida.

He aquí el gran servicio que hace hoy el Doctor Feo.

No quiero terminar estos renglones sin dar á mis lectores la filiación y vida del autor de los ESTUDIOS, quien, ya en avanzada edad, tributa todavía sus esfuerzos al progreso de la ciencia patria.

Nació el Doctor Feo en la ciudad de Valencia el 12 de noviembre de 1826.

Fueron sus padres el Prócer de la Independencia Comandante Ramón Fernández Feo y la Señora Mariana Fernández Feo, natural aquél de Caracas y ésta de Valencia. Como su padre consagró á la Patria, no solo su arrojo y su sangre, sino los bienes que poseía, terminada la guerra quedó en gran penuria, por lo que un tío del joven Ramón tuvo que ayudarlo en su educación, que comenzó en el Colegio Nacional de Carabobo, regido entonces por el Doctor Manuel Ancizar, hombre público y escritor notable de Colombia. Allí cursó sus primeros estudios hasta el segundo año de Filosofía; dando muestra desde entonces de su inclinación al estudio del Derecho, pues que en las horas que se lo permitían sus estudios, servía de amanuense al distinguido abogado Doctor Felipe Sojo. Pasó luego á la Universidad Central donde terminó el estudio de Filosofía y cursó las Ciencias Políticas hasta obtener el grado de Doctor en diciembre de 1852. En este curso tuvo de condiscípulos á Guzmán Blanco, José Ma Gómez, José Ma Rojas, Fernando Arvelo, Manuel Norberto Vetancourt, José F. Soto, Rudecindo Freites, Jonás Alvarez, José Eugenio y Tomás Domínguez, &., hombres todos que figuraron luego en alta escala en la política y en el foro. Durante sus estudios y aun después de graduado formaba parte del bufete del Doctor Enrique Pérez de Velazco; y se unió luego en 1853 con el Doctor José María Gómez, su amigo y condiscípulo, para continuar en el ejercicio de su profesión. Posteriormente colaboró en asuntos importantes con nuestros más notables abogados: [illegible]s Piñal, D. B. Urbaneja, Siso, Cadenas Delgado, Elías [illegible]helena y otros. Su crédito de ilustración y claro criterio le [illegible]lido haber sido consultado por los Poderes Públicos de todas [illegible] mereciendo siempre de tódos consideraciones y distinción.

[illegible]o de los rasgos que han distinguido su carácter es no [illegible] querido aceptar destino público alguno. La única vez que

Digitized by Google

sirvió en este sentido fué cuando, por ausencia del Fiscal de Hacienda Doctor José María Gómez, desempeñó interinamente ese destino, más por amistad con el propietario que por otro motivo. Así es que, ni cuando el señor Simón Planas le ofreció en 1853 un puesto en el Ministerio de su cargo, y luego ótro en la Corte de Justicia del Oriente, ni cuando en 1859 le ofreció una Cartera en el Ministerio el señor Manuel Felipe de Tovar, ni cuando en 1869 le ofreció otro Ministerio el señor Esteban Palacios, quiso aceptar ninguno de esos cargos, pues solo ha querido tener consagrada su vida y su actividad á las diligencias de la abogacía, que ha sido su constante vocación; así es que raro ha sido el asunto de importancia,—público ó privado,—en que no haya tomado parte si ha tenido relación con su profesión. Por lo que lo encontramos como Miembro de la Comisión nombrada por Decreto de 27 de octubre de 1868, para examinar y reformar el Código Civil, y formular un proyecto de Código de Procedimiento Judicial.

En 1869, nombrado por elección popular, Diputado al Congreso Nacional por el antiguo Estado Bolívar, aceptó el cargo con el objeto principal de ver si, ayudado de otros colegas, conseguía que el Congreso decretase el Instituto de Crédito Territorial.

En 1873 fué Miembro de las Comisiones redactoras de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil. En 1880, Miembro de las Comisiones Revisoras de los mismos, y en 1895, de la constituida ese año, la cual presidió como Vicepresidente hasta el fin de las sesiones, por impedimento del Doctor Cadenas Delgado, que era el Presidente.

En 1861 fué Secretario del Colegio de Abogados, cuyo Presidente era el Doctor Reyes Piñal, y desde 1894, en que se reinstaló este Cuerpo, ha sido varias veces su Presidente.

Y hoy, que escribimos estas líneas, lo encontramos todavía, sin concederle nada á la carga de los años, sobre el yunque del deber alegando en los estrados de la justicia, y robándole al descanso del domingo las horas que necesita para dejar á la generación de abogados que le suceda, la herencia de su saber, de su experiencia y de las vías de éxito que ha recorrido en su larga carrera de jurista.

Por lo demás, Caracas todo conoce sus calidades de hombre privado, la claridad de su hogar, la honorable familia que le ha dado á la sociedad en unión de una esposa que más es angel que mujer; acompañados él y ella de hijos que honran, de hijas que enaltecen.

Eduardo Calcaño.

Digitized by Google

PROLEGÓMENOS

Puesto que vamos á ocuparnos en el estudio del Código de Procedimiento Civil, menester es comenzar por la historia, siquiera rápida, de la legislación sobre la materia, para dar idea de la naturaleza y fines de las disposiciones que forman ese ramo del Derecho, y para señalar la importancia de su estudio, tanto en el campo de la ciencia como en el de la práctica, y así para los jueces como para los litigantes y demás interesados.

Sabido es qne el Código Civil y otras leyes civiles reglan el estado y condición de las personas en lo civil, y sus relaciones recíprocas, estableciendo los derechos y deberes de unas para otras; y que tales leyes son llamadas sustantivas ó de fondo por algunos escritores. Sabido también es que, no bastando á los fines individuales y sociales, la sola consagración en las leyes, de derechos y obligaciones recíprocas, por ser imposible dejar á cada cual hacerse justicia por sí mismo, han sido organizados los tribunales á los cuales deba acudirse, se han definido su jurisdición y competencia, y se han fijado las reglas de proceder en los diversos asuntos, como norma de las partes y de los Jueces, para llegar á hacer efectivo el goce del derecho y el cumplimimiento del deber; y qne estas leyes, en contraposición á aquellas primeras, son llamadas adjetivas ó de forma. Mas no es dado señalar una línea práctica precisa, de separación entre unas y otras leyes, pues muchas veces el legislador tiene necesidad de alguna reglamentación en el Código Civil, y otras, aunque pocas, en las leyes, procesales, se ve o, si nó á complementar, sí á fijar mejor, preceptos que son propia- sustantivos. Epocas ha habido en que han estado en confusión unas s leyes, aunque no en todo, en no pequeña parte, hasta que ahora en mpos modernos, perfeccionada la legislación en todo sentido, han que- mejor determinadas y completamente separadas esas dos ramas de la ciencia.

démos una ojeada rápida á la historia de la legislación, refiriéndonos pecialmente á la de procedimiento.

Digitized by Google

I

Ojeada Histórica

Grecia, pueblo de espiritual cultura, que nuestra mente divisa hoy á través de los siglos, como visión celeste, con su Olimpo y con sus dioses, á la par que simientes de legislación sustantiva, dió también á la naciente Roma las de la legislación de procedimiento, y el ejemplo de su brillante Foro que ilustraron Hipérides, Esquines y Demóstenes.

Roma, patria de altos destinos, del sistema de las *legis actiones*, exclusivo y formalista, compuesto de actos simbólicos y palabras solemnes y rigurosas, con que inició en su cuna los procedimientos judiciales, pasó poco á poco, insensiblemente, de la austeridad é imperfección propias de aquella sociedad naciente, al sistema *formulario* que, aboliendo los gestos solemnes y las palabras sacramentales, encarrilaba el procedimiento por medio de una instrucción escrita que instituía al Juez, fijaba las cuestiones y determinaba los principios de derecho aplicables; cediendo á las prácticas pretorias, que venían haciendo desaparecer aquel carácter sacerdotal y aristocrático, desacordado con las costumbres y la constitución social, y repugnante á la plebe, como vestigio de servidumbre. Y al fin llegó á un sistema más liberal y más perfecto,—*judicia extraordinaria*,—en que no había ya redacción ni entrega de fórmula, ni institución de Juez, ni distinción entre la declaración del derecho y el juicio del hecho, sino que invocándose el derecho absoluto derivado de la misma ley, se ocurría al Juez, para pedirle justicia y se emplazaba directamente al adversario para que contestase.

Merced al derecho pretorio, á los edictos anuales y al perpetuo, y á la labor de sus grandes jurisconsultos, perfeccionó Roma, junto con todos los demás ramos del derecho, su sistema de enjuiciamiento, y levantó el Foro á la altura á que lo encumbró la palabra inspirada de Cicerón, de Hortensio, Craso y Scévola.

Como era natural, la conquistadora de aquella época llevaba con el triunfo de sus armas, su magistratura y orden de procedimiento á los pueblos conquistados, y así lo hicieron en España los vencedores romanos; de modo que, cuando para fines del siglo IV estaba arraigada su tranquila dominación en las provincias españolas, imperaba también en todas éllas la legislación romana.

Pero sobrevino á principios del siglo V la invasión de los bárbaros del Norte que se derramaron como un torrente sobre las regiones de la Europa occidental, y el caduco poder de los Césares romanos, impotente para contenerla, hubo de presenciar y sufrir «aquel cataclismo moral, el mayor de cuantos había experimentado el Universo.» Tras de los vándalos, los suevos y los alanos, una horda más asomó sobre los Pirineos—la de los wis[illegible] Por pactos con los emperadores romanos, que hubieron de halagarlos y los, les sirvieron de auxiliares y de aliados, y haciendo la guera á aqu otros bárbaros, sometieron la España á aquel imperio, que les concedió tablecerse en la Galia meridional y occidental llamada segunda Aquit y más luego, capitaneados por su rey Teodoredo, reuniéronse á las le romanas comandadas por Aecio, y á las de Meroveo, rey de los fran contribuyeron en el campo de Chalons, á la destrucción del feroz A *Azote de Dios*. Más, al fin, mal avenidos con el Imperio romano que

Digitized by Google

á su término, hicieron la guerra por su propia cuenta y redondearon el reino gótico, sometiendo á la autoridad de su rey Eurico toda la extensión que comprenden España, Portugal y la mitad de la Francia. Así había llegado el imperio wisigodo al cúmulo de su grandeza, que disminuyó poco después por la pérdida de casi todo su territorio del otro lado del Pirineo. Y con reyes más ó menos enérgicos ó débiles, más ó menos hábiles ó incapaces, mantúvose por trescientos años, con no pocos períodos de gloria y poderío, de tranquilidad y bienestar, hasta que al fin debilitada la autoridad, en pugna con el clero que tanto ascendiente había logrado y tanta y tan decisiva parte había tomado con sus concilios, en el manejo del Estado, en medio de deslealtades y traciones, se derrumbó, al empuje de las hordas árabes que lo invadieron, en el campo tristemente memorable del Guadalete.

Al principio de ese largo período, la gente romana se gobernaba por sus leyes, con consentimiento de los invasores mismos, á quienes por su parte bastaban las costumbres y tradiciones que habían traído de las selvas. Pero establecidos luego en medio de la sociedad romana, debieron ir sintiendo poco á poco la necesidad de la ley escrita; y al nacer entre ellos la propiedad, al ver constituido el Estado, el progreso de su propia cultura debía exigirles leyes suyas escritas y promulgadas, y administración de justicia regular y ordenada, que sustituyese á la arbitrariedad y rudeza primitivas. Eurico fué el primero en dictarlas, y forzoso es creer que apelara á la razón y á la legislación romana, fuera de alguna tradición ó costumbre propia que mereciera conservarse, como fuente única posible en aquellas circunstancias.

En el reinado del segundo Alarico se llevó á cabo por los galos y españoles una compilación de leyes antiguas, cuya redacción se atribuye al conde Goyarico, valiéndose de los Códigos gregoriano, hermogeniano y teodociano, de la instituta de Gayo y de las novelas de los últimos emperadores: compilación que lleva el nombre de *Breviario de Aniano*, por el ministro ó canciller del reino que la refrendó, y que debió ser de gran importancia por la claridad, el orden y la certidumbre en la administración de justicia que en ella se procuraba.

Recaredo dió un paso más en la obra de la legislación wisigoda. Promulgó una nueva edición de muchas leyes góticas, y aunque no abolió el derecho romano, mandó que aquéllas rigiesen indistintamente para ambos pueblos, empezando así la unidad que en la legislación había de verificarse más tarde.

En efecto, Chindasvinto derogó las leyes romanas y ordenó que sólo las góticas se aplicasen en todo el reino; y su sucesor Rescesvinto, para completar la unidad de los dos pueblos, permitió los matrimonios entre los godos y los galos ó españoles, que venían prohibidos. Esas trascendentales medidas prueban los adelentos de la legislación wisigoda, para poder sustituir á la romana con aceptación de los pueblos acostumbrados á ésta.

Cupo, por último, á Ejica formar definitivamente el Código gótico, que llevó el nombre de *Liber Judicum*, monumento memorable de aquellos tiempos, y página gloriosa de la historia de aquel pueblo singular. El libro II de los doce que contiene fué exclusivamente consagrado á los *juicios y á las causas;* y si se recorren los cinco títulos que lo componen: *de los jueces y de lo que juzgan—de los compenzamientos de los pleitos—de los mandaderos y de las cosas que mandan—de las testimonias y de lo que testimonian—y de los escriptos que deben valer ó non*, encontramos un sistema ordenado, racional, adelantado, de procedimiento civil, que consagra mucha parte de los principios que hoy nos rigen, y que atestiguan un grado de progreso y de cultura en aquellos legisladores, digno de admiración y de respeto.

Desgraciadamente el triunfo del Guadalete abrió las puertas de la Península á la innundación árabe y atrajo sobre sus pobres pueblos la serie de calamidades y de sufrimientos profundos que el vencimiento lleva consigo,

Digitized by Google

aumentado por el odio de religión entre las dos razas; sucediendo al sosiego de las familias la confusión, la resistencia y la lucha. Aunque los naturales que siguieron la bandera de Don Pelayo en la montañas de Asturias y de León lograron con su constancia y bravura echar las bases de la monarquía española, y llevaron consigo sus leyes, creencias y costumbres nacionales, el amor patrio y la fé religiosa imponían la reconquista, y las necesidades mismas de tal empresa relajaron el espíritu de obediencia á la ley, y hasta impidieron hacer conocer el Código que las contenía, escrito en idioma latino. De aquí las *fazañas* y los *albedríos*, nombres con que se designaron las decisiones de aquella época, en que la ignorancia de las leyes no dejó otra regla que la imitación de lo que se había visto ó el recurrir á personas prácticas en los negocios.

Las imperiosas exigencias de la lenta reconquista, en dineros y en ejércitos para aquella larga lucha contra la soberbia raza que se arraigó hasta el punto de alzar á orillas del Genil la permanente maravilla de la Alhambra, obligaron á los monarcas á atraerse y á recompensar á la nobleza y á los Jefes militares, por medio de concesiones en que á las veces entraban el señorío de justicia y la jurisdicción civil y criminal, y que tanto habían de dañar la unidad del poder judicial y el orden de los procedimientos. Los abusos de los favorecidos y previlegiados fueron creciendo, y por último se vieron obligados los monarcas, para robustecer el poder real, que se iba extendiendo en territorio, pero debilitándose en autoridad, y para disminuir la preponderancia de la nobleza, á recurrir á concesiones á los pueblos por medio de ordenanzas municipales y fueros hechos en Corte. Esa *legislación foral*, que tanto se multiplicó, si produjo ciertas ventajas, no dejó de contribuir á la anarquía en cuanto á administración de justicia, estableciendo la desigualdad entre los subditos, tan opuesta á la unidad, y originando otros males fáciles de concebir.

Imponíase la necesidad de sacar la legislación del caos á que había llegado, y grandes fueron los deseos del rey San Fernando, el gran conquistador y fundador de la monarquía para llevar á cabo esa tarea; más, no pudiendo lograrlo, encomendola á su hijo el sabio rey Don Alfonzo, quien dotó á la España, primero de la colección de leyes que lleva el nombre de *El Espéculo*, más luego del *Fuero Real* y por último del célebre Código de *Las Partidas*, «monumento notable de legislación, superior á cuantos se publicaron en Europa en los siglos medios,» no obstante los defectos de que se le tilda. La 3ª de aquéllas contiene todo lo relativo al orden y ritualidad de los juicios, con más extensión que cuanto se conocía, cambiando el antiguo sistema, pero complicando, según algunos críticos, las actuaciones judiciales.

Ni aquellos cuerpos de leyes ni otras medidas del sabio rey, bastaron para cortar los abusos introducidos á la sombra de tanta diversidad de leyes de diferentes épocas. Los Reyes Católicos Don Fernando y Doña Isabel hubieron de continuar de modo notable en la tarea, mandaron hacer una compilación del Fuero, Pragmáticas y Ordenamientos, que se publicó con el título de *Ordenanzas Reales ú Ordenamiento Real*, dictaron medidas para destruir prácticas abusivas, hicieron publicar las célebres *Leyes de Toro* y realizaron reformas en las Audiencias y en el Consejo. Todavía de 1523 á 1544 las Cortes de Valladolid y de Madrid tuvieron que representar al soberano sobre la necesidad de formar otra coleccion legal, que se realizó con el nombre de *Nueva Recopilación;* pero con tan mala suerte, con tan poco tino, que último para corregir siquiera sus defectos de compilación, en tiempo de IV hubo que publicar un nuevo trabajo con el título de *Novísima Recopil*

«Más, tampoco se consiguió dice Caravantes, con esta reforma el «apetecido, porque la *Novísima Recopilación*, más bien que un Código g «de legislación, es un cúmulo de leyes anticuadas unidas con las vige «derogantes y derogadas, generales y particulares, íntegras y truncadas

Digitized by Google

«y ridículas. Además se insertó en ella la ley del Ordenamiento de Alcalá, «que dejaba en uso los Fueros municipales y que se había ido incluyendo «en los demás Códigos: de todo lo cual resultaba sumo embarazo y confusión «para la decisión de los negocios.»

Y aun debemos indicar, para cerrar estas pinceladas sobre la legislación española, que hemos extractado del citado Caravantes y de los discursos de introducción al Fuero y las Partidas, de Don J. F. Pacheco y Don F. de la Puente, y Don F. de la Serna, la *Recopilación de Indias*, que contiene disposiciones generales para estos países, y no pocas leyes sobre Audiencias, Jueces, Pleitos y Sentencias, Abogados, Procuradores y Escribanos.

Tal era para principios del siglo el estado general de la legislación contenida en los Códigos que hemos nombrado y en algunas otras colecciones á que no hemos creído necesario referirnos; Códigos en los cuales se encuentran ordenadas, y á veces diseminadas ó dispersas las disposiciones relativas al orden de proceder en los juicios.

En 1810 se inicia en Venezuela la titánica lucha de la independencia Sur-americana. Tras largo y rudo batallar, de entre el fuego de los combates y en medio de los himnos de victoria se levanta al fin la Gran Colombia, presidida por su inmortal Libertador, bajo los aupicios de la Libertad, con la espada aun desnuda y con la Independencia del Continente todo, en perspectiva. En su corta aunque gloriosa vida, apenas si tiene tiempo para atender al reclamo de su propia seguridad, lanzando sus legiones aguerridas en ayuda de sus hermanos del Sur á sellar también su independencia. ¿Podían pedírsele Códigos nuevos á quien las exigencias de su misma conservación no dejaban tiempo ni vagar para esas obras, que deben ser el fruto del estudio tranquilo, de la experiencia y del conocimiento de las necesidades y costumbres de los pueblos? No los hizo ni podía hacerlos aquella gran Nación, á pesar de contar con talentos superiores en todos los ramos; y gracias que pudo sancionar, además de su constitución política, su ley orgánica de los tribunales, y otra brevisima sobre algunos puntos de procedimiento, fuera de las consagradas á arreglar otros diversos ramos.

A impulsos de necesidades no irremediables y de pasiones exacerbardas fracciónase Colombia en 1830. De una de sus porciones surge á la vida de los Estados Soberanos la República de Venezuela. Y en sus múltiples trabajos de organización, establece desde luego la de sus tribunales de justicia, y piensa ya, en 1835, en arreglar la legislación por medio de Códigos adecuados, empezando por el de los procedimientos judiciales, que en efecto fué sancionado por el Congreso de 1836.

Obra del eminente Doctor Francisco Aranda es esa primera colección de leyes venezolanas. Cuanta fué la habilidad, cuanto el acierto de aquel hombre de Estado, de aquel jurisconsulto talentoso é ilustrado, lo dice la obra misma, en que con mano maestra se hace una felicísima transición del sistema antiguo, escrito, eterno y dispendioso, con sus traslados de cada instante, sus notificaciones diarias, sus acusaciones de rebeldía y extracciones de autos interminables, y tantos otros vicios, al sistema moderno, mezcla de verbal y escrito, sencillo y breve, pero conservando las prácticas, aceptables y conocidas del procedimiento antiguo, y adaptando discreta y prudentemente notables mejoras del procedimiento francés, á nuestras costumbres, á nuestros medios de comunicación, á nuestras condiciones. El juicio de personas competentes del Foro ha sido favorable á ese trabajo, el primero que sepamos, de Hispano-América, anterior á la primera *Ley de enjuiciamiento civil* sancionada en España, pero contemporáneo de su Reglamento provisional sobre administración de justicia.

Como tributo á la memoria del ilustrado redactor de aquel Código de 1836, cuya modestia igualó á sus merecimientos, séanos permitido consignar aquí nuestro sincero aplauso y la expresión de nuestro respeto.

Digitized by Google

Sobre ese Código de 1836 hizo el Congreso de 1838 algunas reformas, y después los posteriores vinieron de cuando en cuando haciendo toques, no siempre afortunados, y á las veces, menos por conveniencia pública que por miras personales ó de localidad. Sobre él se calcó en 1861 el Código de procedimiento que sancionó la Dictadura de aquella época desgraciada, y cuya corta vida nos dispensa de toda observación. Y por último, sobre él se calcó también la reforma que se verificó en 1873, al sancionarse los demás Códigos que rigen en la República, y cuya adopción es uno de los mayores bienes que ha alcanzado el país, á pesar de los defectos que en ellos se notan, obra unos de la imperfección humana, y otros de circunstancias en que no creemos oportuno entrar. Luego se llevó á cabo una rápida revisión, en 1880.

Los Códigos así revisados estuvieron en observancia desde entonces hasta ahora, que en virtud de un Decreto ejecutivo dictado en 12 de agosto de 1895, una nueva Comisión revisora preparó, entre otros proyectos, el del Código de Procedimiento Civil que la Legislatura de 1897 aprobó y mandó poner en vigencia desde el 5 de Julio del mismo año. Este novísimo Código, elaborado cuidadosamente, contiene notables é importantes reformas, ya en el sentido de perfeccionar lo que existía, ya en el de complementarlo llenando vacíos y sancionando adelantos reclamados por el progreso moderno, ya metodizando mejor las materias, ya en fin, armonizándolo con las reformas hechas en los otros Códigos. En el estudio que vamos á hacer se notarán todas las mejoras introducidas, y ello nos escusa de señalarlas aquí.

II

Algunas ideas elementales sobre Procedimiento

Para mejor conocimiento de la materia que vamos estudiar, traigamos ahora algunas ideas elementales indispensables para definirlas y precisarlas.

El Códico de Procedimiento Civil, como su título mismo lo indica, no es otra cosa que la colección ordenada y metódica de las leyes por las cuales el legislador establece las reglas que han de seguirse para intentar las acciones ó promover otras gestiones ante los tribunales civiles, para sustanciarlas, decidirlas y hacer ejecutar el fallo definitivo. De modo que comprende todo el orden de proceder ó sea la *forma*, en contraposición al fondo, que es la materia misma de la acción, desde que se inicia hasta que se sierra el proceso, terminado del todo; y abarca, por tanto, todos los *estados* porque va pasando la causa, y los diferentes *grados* que recorre en los distintos tribunales, llamados á conocer en ellos por orden gerárgico.

Según *Carré* la palabra *procedimiento* se deriva de la latina [illegible] avanzar, marchar; de suerte que el procedimiento viene á ser una [illegible] de obrar, una marcha que seguir.

El Código va reglando ese camino por períodos que constit[illegible] diversos actos, las diversas etapas, y forman los distintos *estados* d[illegible] *de demanda, de citación ó emplazamiento, de contestación, de promoció[illegible] cuación de pruebas, de incidencias, de vista y sentencia, de ejecución.*

Digitized by Google

La *forma* de esos diversos actos consiste en el arreglo de ciertas constancias ó cláusulas, condiciones, términos y pasos que la ley exige para su regularidad y validez. El conjunto de todas esas exigencias de la ley constituye la forma del acto. Y cada una de esas exigencias y condiciones es lo que se llama una *formalidad.* De èstas unas son *sustanciales* porque constituyen su existencia misma ó porque sin ellas no se llena el propósito de la ley, y otras no lo son, cuando sin ellas no deja de existir el acto, ó se llena aquel propósito.

Pothier definió así el Procedimiento civil: «La forma según la cual deben intentarse las demandas en justicia civil, defender, instruir, decidir, alzarse contra las sentencias y hacerlas ejecutar.» Definición con la cual aquel gran Jurisconsulto, indicó en pocas palabras toda la marcha de un negocio contencioso, pero que no comprende la materia no contenciosa, que es también objeto de nuestro Código.

Carré, para dar una idea sintética del *Procedimiento* dice, que en general, no es otra cosa que la forma según la cual los litigantes y los jueces deben obrar, los unos para obtener y los otros para otorgar justicia.

Agrega después el autor lo siguiente:

«La administración de la justicia . . . . es *de derecho público* en materia civil como en materia criminal: por eso los particulares no pueden derogar sus disposiciones sino en los casos en que la ley misma les ha dejado esa facultad.»

«Esta les es acordada respecto de todas las disposisiones que no se han establecido sino para su ventaja ó beneficio personal; tales son entre otras las que se refieren á la incompetencia del tribunal por razón del domicilio del reo, á los lapsos fijados para el ejercicio de acciones y de recursos, para efectuar ciertos actos y operaciones, y en fin, á otros actos de procedimiento.»

«Pero el Juez no puede derogar de oficio ni aun estas últimas disposiciones; porque no le es permitido sustituir su voluntad á la ley, dispensar así á una parte de las formas prescritas en interés de la otra, trazar á los litigantes ó seguir él mismo una marcha diferente de la reglada. Y no hay otra excepción que la del caso en que el magistrado sea formalmente autorizado, como sucede en ciertas ocasiones, con estas palabras: *podrá el Juez . .*»

Desde que el procedimiento es la forma según la cual deben obrar los litigantes y los Jueces, viene á ser la guía para la sustanciación del proceso ó causa; entendiéndose por *sustanciar*, el instruir, formar, seguir ésta hasta ponerla en estado de sentencia, ó más claro, oir á las partes é inquirir la verdad de sus alegaciones por los medios legales hasta poner el asunto en estado de decidirlo; de manera que no comprende ni la instauración del juicio ni el fallo, y se aplica no solo á la causa toda sino también á las incidencias, por lo cual se dice *sustanciar la excepción, la recusación, etc.*

Como hemos dicho, la situación de la causa con relación á los actos de procedimiento que se están ejecutando ó van á ejecutarse, es lo que se llama *estado*, y así se dice *estado de citación, de contestación, de promoción ó ...uación de pruebas, etc.* cuando se está ó ha de entrarse en cada uno de ...eríodos.

como ordinariamente no es un solo tribunal el que decide los asuntos ...ales, sino que por virtud de los recursos que establece la misma ley procedimiento, se llevan á otros tribunales superiores ó de mayor cate...a, esos diferentes *grados* que recorre la causa forman *las instancias*, que de consiguiente, los procedimientos y decisiones de çada uno de los tri...s que de ella conocen con autoridad legal. Lo actuado y decidido por

Digitized by Google

el primer juez forma la *primera instancia*, lo actuado y decidido por el superior en grado forma la *segunda*, y lo actuado y decidido por el que sigue inmediatamente en la gerarquía, forma la *tercera* y última (si hay lugar á ella.)

Escriche, define la palabra instancia así: «El ejercicio de la acción en juicio desde la contestación hasta la Sentencia definitiva. Se llama *primera* instancia el ejercicio de la acción ante el primer juez que deba conocer del asunto; *segunda instancia el ejercicio etc.*

El olvido ó confusión de las ideas elementales que hemos expuesto ha dado lugar á errores graves, que deben evitarse. Hemos visto declarar que el acto de contestación de una demanda en un tribunal colegiado, no es de sustanciación, y tocaba, nó al Presidente á quien atribuye la ley la sustanciación, sino el Cuerpo todo: declarar también que un decreto de embargo de varias fincas librado en primera instancia, pero revocado por el mizmo Juez de esa instancia en la articulación abierta por oposición de terceros poseedores, quedaba ejecutoriado en la parte en que el Superior había re-tablecido el embargo de unas de la fincas, aunque confirmaba el desembargo de las demás. Se partió del error de que las dos deci-iones de la instancia formaban dos instancias, y la del Superior la tercera y la última, sacrificando derechos de una parte y desconociendo la gerararquía judicial. Y así se han sancionado otros errores, no menos graves en puntos triviales.

Los Jueces no deben olvidar que la ley de procedimiento no solo quiere determinar cómo pueden los ciudadanos reclamar de los magistrados la justicia que les es debida, y defender su causa haciendo llegar á ellos la verdad, sino al mismo tiempo encerrar en sus justos límites la autoridad judicial, trazarle una forma regular de proceder, y establecer las vías que han de seguirse para apelar de sus decisiones y hacerlas ejecutar.

Para ello ha menester el legislador, como con tanto acierto dice *Carré*, ofrecer en todas las circunstancias y épocas del procedimiento, tanto á los magistrados como á los litigantes, las más sólidas garantías contra el error y las sorpresas; señalar, proscribir y sobre todo prevenir los abusos; y hacer fácil al Juez la inquisición de la verdad y garantir su conciencia contra los lazos que la mala fé pueda tenderle.

La perfección del procedimiento consiste, pues, en esclarecer la marcha de le justicia sin embararzarla ni retardarla; en no prescribir nada que no sea útil, ni omitir nada de lo que sea necesario, á fin de obtener el objeto deseado, de dar á la Magistratura los medios de llegar en el menor tiempo y con los menos gastos posibles, al descubrimiento de lo que es verdadero y justo.

Bien se comprende que solo reuniendo el procedimiento las condiciones apuntadas, puede servir, como debe, de garantía de los derechos y deberes recíprocos de los individuos, sancionados por las leyes civiles respecto de sus intereses privados. Una ley de procedimiento inconsulta podría hacer nugatorios ó poner en gran riesgo los derechos mejor adquiridos, bien por burla posible del obligado, bien por abusos que se permitieran á los Jueces.

Y se comprende tambien la necesidad de una buena organización de justicia que lleve á los puestos de la magistratura la ciencia y experiencia, la probidad y la prudencia, la imparcialidad y la contracción. Los m gistrados son los sacerdotes del templo de la Justicia, encargados de ve incesantemente por la magestad de la ley y el prestigio de su culto; y á las ejecutorias de su ciencia deben unir la pureza de sus manos, la sa dad del corazón y el brillo de una conciencia inmaculada.

Y en fin, es menester que esos Magistrados, inspirados en lo elevado su misión augusta, en todo momento y para con todo litigante, secunden propósitos del legislador en cuanto al procedimiento, no olvidando nunca

Digitized by Google

la fiel observancia de las formalidades legales aleja de la administración de justicia el desorden, la confusión y la arbitrariedad, y garantiza el reposo de las familias: que el poder discrecional que á veces deja la ley al Juez, no lo autoriza para obrar por simple capricho ó voluntariedad, sino para emplearlo con prudencia y discretamente, en bien de la recta admininstración de justicia, con criterio ilustrado é imparcial: que la latitud necesaria á la legítima defensa, y el uso de los recursos legales, á la vez que aseguran los derechos de las partes, contribuyen á ilustrar al Juez y á prevenir el peligro de los errores; y que los Jueces no son puestos para conceder gracias ni favores, sino para dar á cada uno su derecho, según lo alegado y probado.

III

Plan del Código y de estos estudios

El Código de Procedimiento Civil venezolano está precedido hoy de un Título de disposiciones fundamentales, y luego dividido en tres *Libros*, el primero de *Disposiciones generales*, el segundo del *Juicio ordinario* y el tercero de *Procedimientos especiales*. El primero contiene doce *Títulos*, cuyas materias son, respectivamente: *Defensa de pobres—Las partes—Fuero competente—Recusación—Citaciones—Lugar de despacho y términos—Sentencia—Apelación—Jueces comisionados—Conciliación—Perención y desistimiento—Audiencia, actuaciones y expedientes.*

El segundo tiene seis *Títulos* en que trata de *Demanda, emplazamiento, contestación y conciliación—Pruebas—Incidencias—Vista y sentencia—Recurso de casación—Ejecución de la sentencia.*

Y el tercero compuesto de dos partes, tiene veintidos *Títulos* sobre *Arbitramiento—Acción ejecutiva—Disposiciones relativas al matrimonio—Disposiciones relativas á tutela, curatela, interdicción é inhabalitación—Disposiciones relativas á las sucesiones hereditarias—Interdictos—Concurso de acredores—Deslinde—Juicio de cuentas—Retardo perjudicial—Juicio de alimentos—Demanda de las rentas—Rectificación de los actos del estado civil—Juicios verbales—Recursos de fuerza—Quejas contra los Jueces—Invalidación de juicios—Ejecución de actos de autoridades extranjeras;* y como no contenciosos—*Procedimientos relativos al matrimonio—Asuntos de tutela—Sucesiones hereditarias—Entrega de fincas—Justificaciones ad perpetuam*—Y lleva al fin un Título Adicional, de *Aranceles judiciales.*

Algunos de los *Títulos* están divididos en *Secciones*. Y el todo redactado en *artículos* de numeración contínua, que comenzando en el primero termina en el 797.

No es, como creen algunos, nuestro actual Código de Procedimiento Civil, copia servil del italiano. Está calcado sobre el que redactó en 1836 nuestro ilustrado jurisconsulto y hombre de estado, Dr. Francisco Aranda, reformado en 1838 y tocado en varios puntos en las Legislaturas posteriores, como lo hicimos notar al principio de estos Prolegómenos. Aquella obra fué una felicísima transición del procedimiento antiguo español, al sistema moderno, en que se conservó cuanto fué posible de lo que era conocido y practicado, expurgándolo de las lentitudes y de las multiplicadas discusiones innecesarias; y se introdujo todo lo que podía contribuir á la mayor celeridad en el curso de los negocios, y á dar mayores garantías de libertad y regularidad en la prueba y discusión entre las partes, y de imparcialidad y acierto en las decisiones de los tribunales; atemperándolo todo á nuestras necesidades, costumbres y condiciones.

Digitized by Google

El tipo del juicio en los procedimientos italiano y francés, puede decirse que es el oral, siendo más bien excepcional el escrito; porque, así viene de atrás, y porque así lo permiten sus adelantos de todo género, sus prácticas, sus facilidades y sus recursos mismos. Entre nosotros el tipo del juicio es el escrito, y aun los llamados verbales no son verdaderamente orales sino escritos en extracto, escritos compendiosos. Toda la tramitación italiana y francesa, como es natural y lógico, es armónica con sus tipos de juicios, como lo es la nuestra con nuestro tipo escrito; de donde, por fuerza, han de resultar notables diferencias entre unos y otros procedimientos, como resultan entre los de la italiana y la francesa, que no son del todo idénticos.

Si comparamos el índice de materias comprendidas en los Códigos italiano y francés y en el nuestro, observamos á primera vista, la diversidad en el método mismo, y en las materias, unas de que no se ocupan los primeros y sí el nuestro, y otras que se incluyen en aquéllos y nó en éste.

Y si comparamos el índice de materias de nuestro Código arandino y sus reformas, con el actual, veremos que todas las del primero están comprendidas en el último, con solo las excepciones de las *imposiciones de censos, opción á patronato, y orden en la observancia de las leyes*, que desaparecieron por innecesarios, así como el *procedimiento criminal en tanto que se establecía el juicio por jurados*, que es objeto del Código de Enjuiciamiento Criminal. Pero tenemos además, Tratados sobre *defensa de pobres, perención*, algunas disposiciones sobre *matrimonio, tutela y curatela, interdicción é inhabilitación, recurso de casación, ejecución de sentencias y actos de autoridades extranjeras, rectificaciones de los actos del estado civil* y algunas otras que no existían en el Código arandino y sus reformas.

Las mismas materias antiguas están regladas ahora, nó con idéntico método, pues se estableció uno nuevo que se creyó más claro y más científico, ni tampoco con igules disposiciones, pues se ampliaron algunas en secciones y párrafos especiales, y se modificaron otras, procurando completar y perfeccionar los respectivos tratados, siguiendo las doctrinas modernas.

Nuestro Código tiene más puntos de conformidad y de semejanza con la Ley de enjuiciamiento civil española, que con los otros Códigos europeos; lo cual se explica, desde que los redactores del nuestro y de aquella ley ocurrieron á la misma fuente, el procedimiento antiguo español, conocido y practicado en ambos pueblos, comentado, por diversos escritores y apoyado en la jurisprudencia de los tribunales. La Ley española recargada de reglamentación; nuestro Código, quizás pecando por demasiado sintético. Unicamente en el tratado sobre tachas de documentos y ejecución de sentencias y actos extranjoros (sin antecedentes en la legislación antigua) se adoptaron en parte, con preferencia, las disqosiciones del Código italiano, por creerse más en armonía con nuestro Código Civil, y más avanzadas en el terreno del derecho internacional privado; y quizás en alguno que otro punto de otras materias se haya seguido el Código italiano, como uno de los más modernos y más adelantados.

A juicio de muchos de nuestros más notables jurisconsultos, nuestro Código de Procedimiento Civil puede calificarse de bueno: nó perfecto, por ser imposible la perfección en las obras humanas; pero á pesar de las incorrecciones que en él puedan aún notarse es sin duda apropiado á [illegible] prácticas, costumbres, necesidades, dificultades en nuestros medios de comu[illegible]cación y de trasportes y otras circunstancias del país, y hasta á nuestro m[illegible] de ser inquieto y con frecuencia anormal.

Nuestro propósito ha sido estudiar, y acopiar con método el fruto [illegible] ese estudio; y para ello, insertar cada artículo, buscar los principales a[illegible]cedentes que existan en la legislación romana, en la española y en la mi[illegible]nuestra; exponer y explicar á la luz de la doctrina jurídica, la disposic[illegible] y prever y resolver las dificultades que pueda presentar la aplicación, [illegible]

Digitized by Google

manera de llenar los vacíos que se noten, consultando las mejores doctrinas de los maestros, á la luz de nuestro propio criterio. Del derecho romano hemos tomado lo conducente y sustancial, porque sería superior á nuestras fuerzas y haría demasiado voluminoso este trabajo, inutilmente, el exponer toda la doctrina romana. En el derecho español hemos ocurrido á las Partidas, que tanto nos han cautivado siempre con su tono patriarcal y su unción cristiana, á la Novísima Recopilación y á las Leyes de Indias, apelando solo al Fuero juzgo y á las demás colecciones, cuando en algunas de ellas debiera encontrarse el antecedente buscado. Y lo que hemos ido dejando atrás en nuestro propio derecho, vá marcando nuestro progreso.

Ha sido, pues, más un trabajo de compilación metódica que otra cosa la tarea que emprendimos. Y así como hemos tomado, copiado muchas veces, en estos *Prologómenos*, de Carré, Mazzoni, Merlin, Ortolan, Caravantes, La Serna y otros escritores, tambien hemos tomado de ellos mismos y algunos más (y sobre todo y con preferencia de los autores españoles antiguos y modernos, cuyas enseñanzas tienen que ser más aplicables por comunidad de orígen y la semejanza actual de la legislación) la mejor doctrina en el curso de estos estudios.

A la ley están sometidos los expositores, á los principios obedece la ciencia, y á las doctrinas universalmente admitidas hay que rendir homenaje; por todo lo cual no puede inventarse ni pretenderse originalidad, en materias como esta. Todo el mérito á que pudiera aspirarse, no podría pasar, pues, de ser acertado en la elección de los materiales, de ser claro, correcto y sencillo en las explicaciones, y de apreciar con imparcialidad y buen sentido lo que es exclusivamente peculiar á nuestro derecho, en que nos falta la guía de los grandes maestros. Ser útil en primer término al hijo que había de sucedernos en este bufete, y que, ah! ha desaparecido dejando la desolación en nuestra alma é inmenso vacío en nuestro estudio! y luego si es posible, al Foro y á la administración de justicia en nuestra patria y abrir el campo á otras aptitudes superiores á la nuestra, han sido nuestras únicas aspiraciones, sin otros títulos que el afecto é interés de padre y el amor á la noble profesión que ejercemos, y la larga práctica que nos ha dado nuestra exclusiva consagración á las lides del Foro.

No es este el primer trabajo hecho en el país sobre las leyes de procedimiento. En 1851 los doctores P. P. del Castillo y Julián Viso publicaron una edición del Código de 1838 y sus reformas posteriores, con notas ilustrativas de notable mérito, y gran acopio de citas de sentencias de las Cortas y tribunales, donde tenían asiento los abogados más distinguidos en materias de derecho,

En 1857 vieron la luz pública los *Comentarios* al mismo Código, del Licenciado Luis Sanojo, jurisconsulto de merecida fama por su ilustración en la ciencia del derecho. Y más tarde, en 1876, el mismo Licenciado Sanojo publicó sus *Comentarios* al Código de procedimiento de 1873, obra de más extensión, redactada ya bajos los aupicios de los nuevos Códigos Civil, de Comercio y otros, y que ha sido útil al Foro venezolano, no obstante, que algunos la encuentran deficiente y en varios puntos no del todo acertada.

a opinión de juiciosos comprofesores, siéntese la necesidad de una que exponga los principios del procedimiento judicial, que explique á luz de ellos las dispociones legales, que note los vacíos é indique el lio acertado de llenarlos en la práctica, que resuelva las dudas y conflictos surgen de los textos, y que ilustre con la autoridad de los maestros y las decisiones de tribunales de países donde el poder judicial reviste toda majestad, todo el prestigio, toda la veneración que son gajes de la verda- a ciencia, de la probidad insospechable, de toda una vida consagrada al ...io y á la práctica.

Digitized by Google

Y nos referimos á la jurisprudencia de los tribunales extranjeros, porque desgraciadamente los trastornos públicos, los odios de partido, la influencia inevitable de las exigencias políticas, los malos elementos y los peores ejemplos surgidos de nuestras luchas y de tantos intereses banderizos, no han permitido formar magistrados y Jueces que recorriendo la escala del servicio judicial, vayan enriqueciéndose paso á paso de ciencia y de experiencia, y lleguen así á los más altos puestos, acaudalados de merecimientos. Nos falta, por lo tanto, aquel respeto, aquel prestigio, aquella autoridad que dan á los fallos judiciales, la ciencia hermanada con la experiencia y la aureola de los magistrados.

Tenemos sí, disposición natural, talentos notables y aun precoces; pero por descollantes que los supongamos, y por elevada que sea la idea que cada cual se forme de sí mismo, es de todo punto imposible suplir el fruto del estudio constante y los recursos de una práctica cuotidiana, con solo el talento natural; que únicamente al genio es dado obrar maravillas, y la naturaleza es bien parca en producirlo. Dejemos á un lado toda impertinente presunción, y reconozcamos la necesidad del estudio meditado, la excelencia de la buena práctica, y lo extenso de la ciencia del derecho, cuyo campo no alcanza á recorrer una vida entera, por larga que al cielo le plazca concederla. Persuadámonos de que la teoría, por más que sea bien y correctamente adquirida, ha menester siempre de cierta facilidad de apreciación, de cierto tino para herir ó resolver las dificultades, de cierta seguridad para manejar la espada del combate judicial ó la balanza de la justicia para dar á cada cual ni más ni menos que su derecho; todo lo cual se adquiere con el hábito, con el ejemplo, con la experiencia, frutos del tiempo.

Estudiemos, pues, estudiemos, nó con la idea de que el estudio del procedimiento sea de escasa importancia y no merezca la pena de consagrarle seria atención, sino por el contrario, con el convencimiento perfecto que debe formarse, de que este ramo del derecho es tan esencial y tan necesario como el de la legislación sustantiva. Si el Código de procedimiento no es sino el Código de los juicios, y si estos son el campo de labor del abogado ¿cómo desempeñarse en el terreno del trabajo, en el proseguimiento de los juicios, si no conoce estos á la perfección? ¿Cuando la ley civil dé á su parte derecho á reclamaciones distintas, cómo determinar con acierto las acciones que debe intentar de preferencia, si no conoce bien los procedimientos? ¿Cómo apreciar las facilidades ó dificultades que ofrecen este ó aquel camino, los obtáculos que podrá presentarle el adversario, los medios con que deba contar, la probabilidad del éxito ó del fracaso, si no es experto en todas las vías y recursos de la tramitación? El abogado en ejercicio, en un proceso, debe como un Jefe en campaña, organizar sus fuerzas y sus elementos todos, marchar y escoger el terreno de la lucha, prever los ataques y golpes estratégicos del enemigo, andarse con prudencia y con malicia, vigilar siempre al adversario, obrar con rapidez cuando conviene, y hasta prepararse para posibles descalabros, no rehuyendo avenimientos y aun retiradas honrosas. En cuanto al abogado magistrado debe aspirar á saber siempre más que las partes, para penetrar sus planes y tendencias, descubrir sus caminos y sus fines, no dejarse sorprender ni engañar, y dirigir con mano firme el debate en todo sus incidentes para no permitir extralimitaciones indebidas y mantener en toda ocasión el estricto cumplimiento de la ley, sin menoscabar el derecho de la defensa y la igualdad legítima de las part-

Estúdiense en hora buena, como base, los principios de la cien cuyo orígen viene del fecundo derecho romano; estúdiese la legislación s tantiva civil, y mercantil, incluyendo el derecho internacional privado, de t importante aplicación actual; pero estúdiese á la par, el derecho proce que es el complemento necesario. Si se quiere ascender sobre el nivel mún, estúdiese el derecho comparado que tanto perfecciona, Y si hay a titudes para más, y se quiere descollar, según las inclinaciones, estúdiense o-

Digitized by Google

de los diversos ramos que son partes del derecho ó están íntimamente ligados con él, y aun aquellos extraños que puedan servir de gala y de adorno, y que presten poderoso auxilio en los debates y en la tribuna forense.

No se olvide que la ciencia va corriendo hoy al igual del progreso moderno, dejando detrás á los que se duermen y rezagan, viajando, nó como los antiguos peregrinos, á pié, con el bordón en la mano, y calzadas las sandalias enpolvadas, sino en trenes rápidos, sin descanso, con el lápiz y la cartera de notas y al alcance de la mano los hilos telegráficos y telefónicos, para ir discriminando lo justo y lo injusto, para ir reglando los derechos y deberes en los adelantos de la época, en sus múltiples manifestaciones, para hacerse después algún reposo, y coleccionar y revisar y ordenar y armonizar, buscando la perfección de la legislación ante las nuevas necesidades que van surgiendo.

Digitized by Google

Digitized by Google

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

LIBRO PRIMERO

TITULO PRELIMINAR

DISPOSICIONES FUNDAMENTALES

Art. 10 En los tribunales civiles de Venezuela todos los que á ellos ocurran seran considerados iguales ante la ley, en el sentido de que la República no reconoce fuero privilegiado en favor de ninguna clase de personas, y de que todos están sometidos á unas mismas leyes y sujetos á sus jueces naturales competentes.

ESTUDIO 1º

Quod ad jus naturale attinet omnes homines æquales sunt D. lib. L. tit. XVII de div. reg. ant. lex. X C.

primera novedad que presenta el novísimo Código de Procedimiento Ci- este título preliminar, consagrado á disposiciones fundamentales. Nin- o de los anteriores lo tenía. El italiano contiene bajo el mismo rubro de *'iminar* las disposiciones sobre la conciliación y el compromiso, sin duda por aquélla impide el juicio, y éste lo saca de la esfera de los tribunales or- . El frances carece de preliminares.

Digitized by Google

Los autores de la novísima reforma de nuestro Código quisieron reunir en ese primer tratado varios principios que en realidad son cardinales, como que son la base de muchas de las disposiciones contenidas en el cuerpo de la obra, unos implícitos en algunas de aquéllas, otros invocados por la ciencia en sus trabajos sobre procedimiento, y algunos más, regados en leyes antiguas que las reformas modernas dejaron de hecho derogadas.

Antes de nuestra codificación, el derecho escrito que nos regía, era verdaderamente caótico, hasta el punto de haber sido necesario en nuestro primer Código de 1836 establecer el orden en la observancia de las leyes, como lo había hecho Colombia, señalándolo así: 1º las decretadas por nuestro Poder Legislativo: 2º por los Congresos de Colombia hasta 1827: 3º las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas españolas hasta Marzo de 1808: 4º las leyes de la Recopilación de Indias: 5º las de la de Castilla; y 6º las de las siete Partidas. Y todavía fué menester que nuestro legislador agregase una disposición general, declarando sin vigor ni fuerza aquellas leyes, aun de esas mismas compilaciones, que directa ó indirectamente se opusiesen á la Constitución y leyes nacionales, en todo cuanto fueran realmente opuestas.

Por lo mismo, y atendida la dificultad de comunicación pronta entre muchas de nuestras poblaciones del interior, que impide ilustrarse con consultas y consejos; la escasés de hombres de instrucción en algunas localidades; y la conveniencia de contribuir en todo á la mayor claridad, encontramos provechosa la idea de acopiar en el Título Preliminar aquellos principios que sirven de base y puntos de mira en el Código, y han de contribuir á fijar mejor y aún explicar muchas de sus disposiciones, y hasta á aclarar dudas sobre vacíos reales ó aparentes que en ellas se noten.

Declara el artículo 1º que en los tribunales, todos son considerados iguales ante la ley, en el sentido de que la República no reconoce fuero privilegiado en favor de ninguna clase de personas, y de que todos están sometidos á unas mismas leyes y sujetos á sus jueces naturales competentes.

Tal declaración es consecuencia necesaria de nuestro sistema democrático, y el acatamiento al nº 15º del art. 17 de la Constitución nacional, que garantiza "la igualdad, en virtud de la cual todos deben ser juzgados por unas mismas leyes y sometidos á iguales deberes, servicios y contribuciones."

No reconoce la República fuero privilegiado en favor de ninguna clase de personas; y ha sido necesario proclamarlo y repetirlo, porque, si bien con el establecimiento de nuestro sistema político republicano desaparecieron los privilegios y fueros de los nobles, que existían cuando éramos colonia de España, aún quedaron en pié algunos otros como el militar y el exclesiástico, abolidos ya expresamente por nuestras leyes, y cuya desaparición definitiva confirma ahora ese primer artículo del Código. Aquel fuero de los hijosdalgos, entre otras cosas, los sacaba de la jurisdicción de los tribunales comunes para ser juzgados por otros especiales, concediéndoles además ciertos privilegios, que, manteniendo división injusta entre las clases sociales, aumentaban la desigualdad, y hacían más odiosa é insostenible la institución.

Idénticas razones obraban en contra de los fueros militar, exclesiástico y otros, que conferían á las personas el privilegio de ser juzgadas en asuntos de la misma jurisdicción ordinaria, por tribunales especiales, sacándolos de la jurisdicción común, solo en atención de la personalidad, aunque la teria discutida no fuera esencialmente militar, exclesiástica etc. Era en dad convertir tales personas en una clase privilegiada sobre el resto de ciudadanos.

La justicia universal no puede reconocer otras distinciones personales las que se imponen por la virtud, el talento y los buenos procederes, sin detrimento de los derechos inherentes al ser humano, originados

Digitized by Google

propia naturaleza. Tal es la ley que proclama la República; como que es la ley natural que debe regir la humanidad.

Art. 2º Los tribunales civiles de la Nación, de los Estados y del Distrito Federal, están obligados á administrar justicia tanto á los nacionales como á los extranjeros, y así á los naturales, vecinos, residentes ó transeuntes de su territorio, como á los que no lo sean, siempre que dichos tribunales sean competentes para el respectivo asunto, según este Código y las leyes orgánicas.

ESTUDIO 2º

Judicare ominus publicum est. D. lib. V. tit. I. De judicis—L. LXVIIII.

La misión del Poder judicial es precisamente la de administrar justicia á cuantos ocurran á él, á fin de que las cuestiones que surjan entre los ciudadanos se resuelvan por la autoridad pública, y nadie pueda hacerse justicia por si mismo. Ese poder es el que garantiza los derechos de todos, y mantiene la paz entre los individuos, y el órden social en todo el territorio, distribuyendo la justicia debida á cada cual. Completa y perfecta no sería tal misión si se redujera sólo á los nacionales, escluyendo á los que no lo fuesen, que no tendrían á quien ocurrir ó se burlarían de sus obligaciones; ó bien hiciese ó estableciese preferencias indebidas entre vecinos, residentes ó transeuntes. A todos debe oirse; á todos debe darse su derecho. Pero una condición exige el artículo: la de que los tribunales á quienes se ocurra sean competentes en el caso, segun este Código y las leyes orgánicas. Expliquemos esto.

En primer lugar, la independencia y soberanía de cada Nación llevan en sí, ó son en sustancia, el derecho exclusivo de ser regida por sus propias leyes; y de que sea su Poder judicial quien las aplique, y administre justicia Sin ello no serían independientes y soberanas. Pues, bien, si las naciones viviesen aisladas, nada mas habría que decir: cada una se regiría sencillamente por sus propias leyes, y sus tribunales impartirían justicia aplicándolas.

Pero como las naciones llevan entre sí relaciones de amistad y de comercio, y como sus naturales viajan de unas á otras y tratan y contratan libremente en cuanto es lícito, tuvieron éllas que arreglar sus procederes á sus tratados y convenciones y á los preceptos del derecho internacional; á la vez que los súbditos ó ciudadanos, ya por virtud del lugar ó territorio donde contratan, ya por la ubicación de la cosa objeto del contrato, ya por el lugar de la ejecución de lo contratado, ya por otras circunstancias, se ven forzados á veces á exigir en una nación la aplicación de las leyes de otra y escudriñar á qué tribunales, si á los de la una ó á los de la otra, deben ocurrir para hacer efectivos sus derechos, ó estan sometidos por sus obligaciones ó responsabilidades. De aquí surgen con frecuencia colisiones ó conflictos entre las leyes de diferen-
naciones; por lo cual ha nacido en los tiempos modernos un nuevo ramo
derecho que se conoce con el nombre de *Derecho internacional privado*, basa-
en los escritos de los grandes maestros acerca de las consecuencias de los
icipios del derecho de gentes y del internacional público en su aplicación á
s cuestiones privadas entre ciudadanos de diversos paises; en las exigencias
la justicia universal respecto de ellas; y en la jurisprudencia que se ha
formando por las decisiones de los altos tribunales de las naciones mas ilus-
con relacion á tales materias.

Digitized by Google

Lo dicho explica la necesidad del juez venezolano, á quien se ocurra en asunto de la índole á que nos hemos referido, de examinar préviamente si la jurisdicción para conocer en el caso concreto, corresponde ó nó á la República, á fin de abstenerse de conocer para no invadir la jurisdicción ajena, ó dar curso al asunto, en caso contrario.

Pero no basta ese exámen de la jurisdicción en la esfera internacional. Menester es decender luego á estudiar la competencia interna, esto es, si compete el asunto al tribunal á quien se ha ocurrido ó á otro de la República. Y esto, por que, como es generalmente sabido, existen diversos órdenes de tribunales según las materias, civil ordinaria, mercantil, criminal, de hacienda etc ; y aun en un mismo órden, trenes distintos, limitados á determinadas porciones de territorio, actúan á la vez, para hacer posible la administración de justicia en todo el país. Así, cada tribunal debe funcionar dentro de la órbita de su resorte. Y es todo esto, lo que arreglan las leyes orgánicas de la nación y del poder judicial; por lo cual en el artículo examinado limita el legislador la obligación de conocer el tribunal venezolano del asunto concreto, al caso de ser competente, según el Código de procedimiento y las leyes orgánicas.

El artículo 13 de la Constitución nacional dice: "Los extranjeros gozan de todos los derechos civiles de que gozan los nacionales."

El artículo 17 del Código Civil novísimo, dice: "Los extranjeros gozan en Venezuela de los mismos derechos civiles que los venezolanos, con las excepciones establecidas ó que se establezcan. Esto no impide la aplicación de las leyes extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas, en los casos autorizados por el derecho internacional privado."

El artículo constitucional citado, con un espíritu eminentemente liberal, admite á los extranjeros á gozar en Venezuela de los mismos derechos civiles que los venezolanos, y les otorga idéntica seguridad que á éstos en su persona y propiedades. En las relaciones actuales de los pueblos civilizados, el extranjero que entra á otro país, sabe que va á quedar bajo el imperio de sus leyes; mas confía en encontrar en él aquellos goces y aquellas garantías, sin las cuales serían imposible semejantes relaciones. Son conquistas de la legislación moderna, que á impulso de la civilización cristiana, impone á la conciencia de los pueblos, el respeto á los derechos primordiales del sér humado, á nombre de la justicia y de la fraternidad universal.

Uno de aquellos goces y seguridades es el derecho de estar en justicia, y Venezuela por los artículos copiados y por pactos expresos en tratados públicos franquea á los extranjeros el acceso á sus tribunales en demanda de justicia. Debe, pues, la República administrarla á todos sus habitantes, sean nacionales ó extranjeros, contra otros habitantes nacionales ó extranjeros, en todo asunto relativo á bienes muebles ó inmuebles que se encuentran en el territorio, ú originado de contratos ó actos, ó hechos pasados en él, ó por obligaciones que deban tener ejecución en Venezuela. En tales casos los tribunales no pueden, sin incurrir en denegación de justicia, inhibirse de conocer, so pretexto de que falta la jurisdicción nacional, aún siendo extranjeras las dos partes; y todavía en el caso de no ser domiciliado en Venezuela el demandado, por obligaciones contraídas en la República ó que deban tener en ella ejecución, tampoco podrían inhibirse por aquella razón, ya que el artículo 26 del Código Civil da derecho de demandar ante los tribunales venezolanos: lo cual quiere decir que impone á éstos el deber de conoce

En los demás casos, esto es, en aquellos no comprendidos entre l á que en el parágrafo anterior nos referimos, siendo extranjeras las dos part ó al menos alguna de ellas, en que la resolución del asunto exija la ap cación de leyes extranjeras, y sobre todo cuando para fundar la competenc se alegue solo la nacionalidad del demandante venezolano, ó el domicilio Venezuela del extranjero demandante, puede decirse en general que carec de jurisdicción los tribunales de la República, salvo excepción expresa

Digitized by Google

nuestra legislación ó autorizada por el Derecho internacional privado, especialmente cuando el punto requiera una medida urgente, en favor de persona que queda abandonada sin representante legal, ú otro caso semejante.

Mas adelante tendremos oportunidad de extendernos respecto de la competencia, en la esfera del Derecho internacional, sobre todo al ocuparnos del juicio de exequatur de las sentencias extranjeras.

No en todas partes son tratados los extranjeros de una manera tan generosa y liberal. Muchas legislaciones establecen diferencias más ó menos notables entre el extranjero y el nacional. Y sobre todas se distingue la francesa, cuyo Código Civil mantiene estas tres disposiciones: "Artículo 11. El extranjero gozará en Francia de los mismos derechos civiles que se acuerden ó sean acordados á los franceses por los tratados de la nación á la cual el extranjero pertenezca." "Artículo 13. El extranjero, que por autorización del Presidente de la República hubiere sido admitido á establecer su domicilio en Francia, gozará de todos los derechos civiles, mientras que continúe residiendo en el país." "Artículo 14. El extranjero aún no residente en Francia, podrá ser citado ante los Tribunales franceses para la ejecución de obligaciones que hubiere contratado en Francia con un francés; y podrá también ser llamado ante los tribunales franceses por las obligaciones que hubiere contratado en país extranjero para con francés." Tan exorbitante privilegio acordado al nacional, y tan irracional y peligrosa condición dejada al extranjero, han sido rechazadas universalmente, y hasta los mismos escritores franceses las critican como injustas é inconvenientes; y con tanta más razón y fuerza, cuanto que aún suele invocarse una ordenanza del siglo diez y siete, según la cual para el francés no hay más juez que el francés, y cualquier fallo que se dé en algún otro país contra un francés puede ser revisado en el fondo por los tribunales franceses, salvo limitadas restricciones. La tendencia del siglo es la de que la justicia universal impere por todas partes, y que cada persona, sea de donde fuere, encuentre en cualquier país donde arrive la seguridad de gozar de todos los derechos inherentes á su humana condición. En tal sentido abogan los espíritus filantrópicos de la época, y muy especialmente las lumbreras del derecho.

Con razón, pues, puede vanagloriarse Venezuela de tener, en ese punto, una legislación de las más liberales y generosas.

Art. 30 En los tribunales de Venezuela no podrán ocupar puéstos de jueces ó vocales permanentes los que no fueren venezolanos.

Tampoco podrán ocupar á la vez dichos puéstos en una misma administración judicial seccional los que sean entre sí parientes de cualquier grado de la línea recta, ó colateral dentro del tercer grado de consanguinidad ó segundo de afinidad. Ni podrán ser conjueces ni asociados en una instancia superior los que estuvieren en los mismos grados de parentezco con alguno de los jueces que hubieren fallado en una instancia inferior.

No podrá ser secretario de un tribunal el que estuviere ligado con el Juez ó con alguno de los vocales por parentezco en los mismos grados expresados.

Ni, en fin, podrán desempeñar, ni aun eventualmente, puésto en los tribunales civiles los que no estuvieren en el libre ejercicio de sus

Digitized by Google

derechos civiles y políticos, ni las mujeres, ni los militares en actual servicio, ni los ministros de cualquier culto, ni los que no sepan leer y escribir, ni los que padezcan de defecto físico permanente que les imposibilite el ejercicio de las funciones del cargo.

Todo lo dicho en este artículo es sin perjuicio de reunir el elegido las cualidades que para el puésto exija la ley orgánica respectiva.

ESTUDIO 3º

Entra ahora el artículo copiado en otro orden de ideas, relacionadas con la organización de los tribunales, para dar ciertas reglas generales acerca de su formación misma, con el objeto de procurar la mayor imparcialidad en beneficio de los litigantes, y la independencia y aun el decoro de los propios jueces y de la magistratura; y empieza estableciendo que no pueden ser jueces ó vocales permanentes los que no fueren venezolanos.

La palabra Juez está empleada aquí en el sentido lato en que la usó la ley 1ª, título 4º, Partida 3ª al definir los *juzgadores*, que han nombre de jueces, *omes bonos que son puestos para mandar et facer derecho.* Así abraza todas las clases ó especies en que los jueces se dividen, incluyendo aun á los que son parte de tribunales colegiados; y para expresar mejor esta idea dice el artículo *jueces* ó *vocales* permanentes, nombre este último con que se designa á todos los que, con facultad de conocer y decidir, son miembros de Cortes ú otros tribunales colegiados. Pero, refiérese sólo á los permanentes, sean propietarios ó interinos, esto es, á los que son elegidos por la autoridad correspondiente con las formalidades del caso, para desempeñar el puésto cuotidianamente, no á los accidentales ú ocasionales, como los conjueces mercantiles ó asociados que son llamados para una causa ó negocio determinado, ó sacados por suerte para ciertas funciones transitorias como resolver recusaciones ó empates.

Quiere la disposición que sean venezolanos y no extranjeros los Jueces; y es natural, por tratarse de cargos públicos, y forzoso desde que el artículo 10º de la Constitución Nacional declara "elegibles á los venezolanos varones y mayores de veitiun años con solo las excepciones expresadas en esta Constitución." Y como según ésta, los venezolanos lo son ó por nacimiento ó por naturalización, no quedan excluidos del cargo de jueces estos últimos, puesto que son también venezolanos.

No son tan liberales así otras legislaciones; y sin ir á buscar fuera disposiciones que exijan la nacionalidad por nacimiento, tuvimos el artículo 55 de la Ley orgánica de tribunales del Distrito Federal ya derogada, que expresamente así lo requería. No juzgamos necesaria esta extrechez, sobre todo donde no hay abundancia de hombres aptos para la magistratura y en país de tan extenso territorio, y donde la índole de nuestras instituciones atrae á la naturalización á muchos, que enrolándose en la familia venezolana, se hacen tan interesados en el bien procomunal, como los mismos de origen. El artículo del Código á que nos contraemos, puesto que es obligatorio constitucionalmente para todos los Estados y el Distrito, deja insubsistentes esas diferencias innecesarias, y unificará la legislación en este punto.

Declara luego el artículo que tampoco podrán ocupar dichos puéstos en una misma administración judicial seccional, los que sean entre sí pa tes en cualquier grado de la línea recta ó colateral dentro del tercer gr de consanguinidad ó segundo de afinidad; ni conjueces ni asociados en instancia superior los que estuvieren en los mismos grados de parentezco alguno de los jueces que hubieren fallado en una instancia inferior; ni Secret de un tribunal el que estuviere ligado con el Juez ó algún vocal por tezco en los mismos grados.

Digitized by Google

Tales prohibiciones tienen por objeto asegurar la independencia de los juzgadores, evitando que las influencias, las consideraciones, el espíritu de armonía y otras circunstancias que median entre tales parientes, influyan en los juicios y decisiones de cada cual. Peligroso es ponerlos en situación de poder chocar ó de someterse el uno al otro. Y mal visto y hasta indecoroso ver sentados en curules de un tribunal á tales parientes, padre é hijos, hermanos, etc, ó que el uno esté llamado á juzgar la obra del otro. Falta garantía para las partes, falta peso de autoridad al tribunal mismo, y por fuerza nacen la desconfianza y el desprestigio. Nada hay que censurar y mucho sí que aplaudir en esas previsiones del legislador. Tales disposiciones se recomiendan por sí solas.

En cuanto al Secretario, aunque ninguna parte directa tiene en las decisiones, son tan importantes sus funciones, que necesita la misma independencia é imparcialidad, para merecer la indispensable confianza de las partes. A más de que su libertad de esa influencia de familia impide que llegue á ser instrumento de pasiones del Juez, ó su consejero irresponsable, si tiene más habilidad que aquél como suele suceder.

No encontramos antecedentes directos de esas responsabilidades en los puéstos judiciales, ni en nuestras antiguas leyes orgánicas, ni en las de Colombia, ni en las españolas. Quizás éstas las consideraron como trabas al Poder real, de quien dependían los nombramientos de jueces, ó bien tuvieron por suficientes garantías para los litigantes, las inhibiciones y recusaciones. Pero no echaron en olvido los inconvenientes de esas relaciones de familia, si bien orillaron la dificultad, prohibiendo á los abogados en las leyes 7, tít, 22, lib. 5º, y 6ª, tít. 3º, lib. 4º de la Novísima Recopilación, abogar en las Cortes, Cancillerías y Audiencias en que alguno de los jueces fuese su padre, hijo, yerno ó suegro, y en los juzgados en que lo fueren igualmente ó fueren hermano ó cuñado. Es en el artículo 55 de la Ley orgánica citada del Distrito Federal donde por primera vez, que sepamos, se encuentra la prohibición de ser juez ó conjuez ó secretario á un mismo tiempo en un mismo ó distinto tribunal, los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, ó segundo de afinidad. Nuestro artículo, abrió algo el compás, no pasando del tercer grado, en los colaterales, teniendo en cuenta la no abundancia en las localidades, de personas aptas para los puéstos judiciales.

En fin, el artículo que estudiamos prohibe generalmente desempeñar puéstos judiciales, ni aun eventualmente, á los que no estuvieren en ejercicio de sus derechos civiles y políticos, á las mujeres, á los militares en actual servicio, á los ministros de cualquier culto, á los que no sepan leer y escribir y á los que padecen de defecto físico permanente que les imposibilite el ejercicio de las funciones del cargo. Ya las leyes 4ª, tít. 4º, Part. 3ª y 4ª y 5ª, tít. 1º, lib. 11 de la Novísima Recopilación habían declarado incapaces para el ejercicio de tales cargos, á los locos, dementes y pródigos, á los mudos, sordos y ciegos, á los enfermos habituales y á los de mala conducta, á los religiosos y clérigos y á las mujeres. Obvias y demasiado conocidas son las razones que abonan cada una de esas incapacidades, para repetirlas aquí.

Y termina el artículo advirtiendo que lo dicho en él es sin perjuicio de reunir el elegido las cualidades que para el puésto exijan las respectivas leyes orgánicas. Así debe ser, porque, según el cargo, requiérese á veces mayor edad, ó título de abogado, ó cierto número de años de ejercicio profesional, etc., atendiendo á la gerarquía, á las materias, á la importancia de los asuntos, á la personalidad jurídica de las partes y á otras circunstancias.

———

Digitized by Google

Art! 4º Toda parte tiene derecho á que en todas las instancias á que hubiere lugar en el juicio, si fuere de mayor cuantía, esto es, que exceda de cuatro mil bolívares, un tribunal colegiado dicte sentencia definitiva ó interlocutoria que tenga fuerza definitiva porque concluya el juicio ó haga imposible su continuación. Al efecto, si el tribunal que conoce según la organización legal fuere unipersonal, podrá cualquiera de las partes pedir, antes del día en que principie la relación de la causa ó de la articulación, ó del día en que debe decidirse la incidencia, si no hubiere relación, que se elijan dos asociados para que unidos al Juez formen el tribunal.

Art. 5º En todo tribunal colegiado se resolverá por mayoría absoluta de votos.

Cuando no se obtuviere ésta se llamará un Juez más, y si aún no se consiguiere, se llamará otro, y así sucesivamente hasta lograrla.

ESTUDIO 4º

Que los tribunales colegiados prestan más garantía de imparcialidad y acierto que los unipersonales, es un hecho reconocido universalmente. Discusión de los asuntos entre varios de criterio propio, mayores luces, menos posibilidad de influencias y apasionamientos, presencia de otros que son testigos forzosos de los procederes de cada cual: he ahí las principales ventajas de esa colectividad. Y es la prueba más palmaria de ello, el hecho de que en la organización judicial de las naciones más adelantadas, se establecen Cortes, no sólo para las instancias superiores, sino para la primera, en los asuntos de cierta importancia. Verdad es que requieren mayores gastos, por la dotación de los diversos miembros; y quizás de ello dependa que no sean establecidos en aquellos países donde se conservan aun los Tribunales unipersonales. Esta dificultad está allanada en nuestro Código haciendo ocasional la agregación de asociados, y dejándolo á voluntad de las partes, que sufragan en tal caso el mayor gasto. El otro inconveniente de los tribunales colegiados solo se dá cuando son tan numerosos y se requiere la presencia de todos sus miembros, que son frecuentes las faltas de asistencia, y por fuerza viene el retardo en el despacho de los negocios. Pero cuando tal pueda suceder, como en la Corte de Casación de Francia, el legislador tiene la previsión de dividirlo en Salas, y de requerir sólo la concurrencia de cinco miembros para el despacho de los asuntos ordinarios. Tal objeción no es posible á la disposición de nuestro artículo que exige únicamente dos asociados, elegidos por las mismas partes, y no para sustanciar sino para dictar las sentencias definitivas, y las interlocutorias que tengan fuerza de tal porque concluyan el juicio ó hagan imposible su continuación.

No es nueva la disposición en nuestro derecho. El artículo 10 de la ley 7ª del Código orgánico de Tribunales de 1850, cuando aún no había ad tado el país la forma de gobierno federativo, estableció los juzgados lla dos cantonales desempeñados por los jueces de parroquia y dos asocia elegidos por las partes en cada caso. Y en el artículo 2º estableció el m de elección, idéntico al preceptuado hoy, como tendremos la oportunidad observarlo. Y los artículos 24 á 33 de la Ley orgánica de Tribunales del Dist Federal daban á las partes las mismas facultades para solicitar y nombrar a dos, que consigna este Código de procedimiento.

Digitized by Google

Las disposiciones de los artículos 389 y 393, según los cuales debe pedirse el nombramiento de asociados antes de la conclusión del término de pruebas, se han considerado por algunos, en colisión con el artículo que estudiamos, y han servido de pretexto para sostener que era inoportuna la petición de asociados después de concluido aquel término, aunque todavía no se había fijado día para vista y sentencia de la causa. Sucede á veces que fenecido el lapso ordinario para testigos, hay que evacuar aquellas pruebas no sujetas á él, como experticias y vistas oculares, expuestas á dilaciones, y aun en ocasiones esperar pruebas que se evacuan en lugares distintos del del juicio, con términos diversos de distancia; haciéndose así necesario que el Secretario del Tribunal haga los cómputos indispensables. Tales circunstancias dejan á las partes sin base fija para la solicitud de asociados; por lo cual fué decidido por la Corte Superior, que con tal que aquélla se haga conforme al artículo 4º en que nos ocupamos, es legalmente procedente.

Es, pues, á no dudarlo, la disposición un adelanto digno de aplauso como primer paso para llegar mas tarde á la institución de Cortes de 1ª instancia en lo civil y mercantil. No se crea un tribunal excepcional, sino que se forma, aunque ocasionalmente, una Corte ordinaria de 1ª instancia.

La primera parte del artículo 5º lo es también del 178 de este mismo Código, que era el 119 del anterior. Ella consagra el principio general de que en todo tribunal colegiado se resuelva por mayoría absoluta de votos; punto esencialmente ligado con la materia de la sentencia que requiere mayor explicación, y que reservamos para el estudio del dicho artículo 178.

Hacemos, sí, notar, y lo tendremos presente en ese estudio, que el aparte de este artículo 5º consagra una disposición que hacía falta en el Código, por la cual se faculta expresamente al tribunal colegiado para llamar más jueces cuando no se ha logrado la mayoría. Así se hacía generalmente en las Cortes, por práctica venida de lo antiguo y por aplicación de análogas facultades conferidas á las Cortes Federal y de Casación, en sus leyes orgánicas, y acaso en alguna ley orgánica seccional. Ahora desaparecen las dudas que muchos abrigaban sobre el particular, y queda consagrado el principio para todos los tribunales colegiados del país.

Art. 6º En la aplicación de las leyes de fondo los tribunales se atendrán con preferencia á las disposiciones del Código Civil, sin perjuicio de lo que él establece en su artículo 12; en la de los procedimientos, á las del presente Código, en tanto que el Civil no establezca formas necesarias.

Art. 7º Las disposiciones especiales y los procedimientos especiales del presente Código, se observarán con preferencia á las generales del mismo, en todo lo que constituye la especialidad; sin que por eso dejen de observarse en lo demás las disposiciones gene- aplicables al caso.

rt. 8º La ley de procedimiento entrará en observancia desde que ella misma designe. A falta de esta designación, desde a publicada en la *Gaceta Oficial*.

todo caso se observarán las disposiciones de la ley sobre pu- n de las leyes, que se dictare.

Digitized by Google

Art. 9º Las leyes de procedimiento civil tendrán efecto retroactivo en el sentido de que deben aplicarse desde que entren en observancia, á los negocios en curso, en el estado en que éstos se encuentren.

Art. 10. Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los tribunales aplicarán ésta con preferencia.

ESTUDIO 5º

Hemos agrupado estos cinco artículos por cuanto sus disposiciones son parte de las máximas generales de la ciencia acerca de la ley y su aplicación, como si digéramos especies de un género. Y haremos el estudio siguiendo el orden lógico de las ideas que la claridad exige en tales materias.

La primera máxima de la ciencia es que la ley debe hacerse conocer á los que han de observarla; y ella es aplicable á los artículos 8° y 9º que estudiamos.

El artículo 1º del Código Civil trae la disposición en estos términos: "La ley no es obligatoria antes de ser promulgada."

Estas disposiciones consagran, pues, el principio eterno, que la razón sanciona, de que es indispensable la promulgación, la publicación de la ley, del modo establecido, para la observancia de sus mandatos, para que ellos sean obligatorios. Absurdo sería exigir de los ciudadanos el acatamiento á la ley, su cumplimiento, sin hacerla conocer por el medio que la autoridad misma establezca.

La ciencia distingue, en verdad, la promulgación, que es el acto por el cual el Poder real ó Ejecutivo autentica, ordenando el cumplimiento y encargando á las autoridades cuidar de la ejecución, de la publicación, que es el medio por el cual se hace conocer la ley á los ciudadanos. La primera es más de fórmula, de solemnidad, mientras la segunda es de suyo esencial y práctica. Sin embargo, suele confundírselas, significándose siempre la necesidad de hacer conocer la disposición de la ley, para poder exigir la obediencia, el cumplimiento. Así, el principio se refiere á la *publicación* como indispensable para la *observancia*, y el Código Civil á la *promulgación* para lafuerza *obligatoria*. Lo esencial es que no se puede exigir la obediencia, la ejecución, de lo que no se ha hecho conocer á quien ha de obedecerlo y cumplirlo.

La ley de 6 de junio de 1865 ordenaba la publicación por bando en los lugares más públicos de los respectivos poblados en que estaban divididos los cantones ó Departamentos de cada Estado; y mandaba llevar un libro para anotar la fecha de la publicación en cada parroquia ó distrito. Mas, esa ley quedó virtualmente derogada por el decreto de 11 de octubre de 1872, que creó la *Gaceta Oficial* como órgano de publicación. En efecto, su artículo 2º dice: "Se publicarán en la *Gaceta Oficial las leyes, decretos* y todos los documentos expedidos y que se expidieren en el ejercicio de los pod públicos nacionales"; y el 3º: "Los documentos á que se refiere el artíc anterior *producirán sus efectos en relación á los derechos y obligaciones de los nezolanos y tendrán autenticidad y vigor desde que aparezcan publicados Gaceta Oficial.*"

Esta se publica en la capital de la República, de donde se reparte r del país, que es extenso, y en general de escasos y lentos medios municación; de suerte que el legislador en el decreto citado ha adoptado

Digitized by Google

sistema, el presumir que la ley inserta en el periódico oficial, llega á conocimiento de todos los ciudadanos desde la inserción. Ese sistema no presentaría inconvenientes mientras se tratase de la capital misma ó sus alrededores, á donde puede llegar el periódico sin tropiezo, el propio día de la publicación. Ni lo presentaría tampoco al tratarse sólo de derechos acordados á los ciudadanos, como lo reconoció la Alta Corte Federal, juzgando en casación, en un asunto criminal contra Bernardino López Esteve, en que se anunció el recurso antes de llegar á Cumaná, lugar del juicio, la *Gaceta Oficial* que contenía la ley creando aquél. Pero si la ley impone obligaciones, si señala penas, ó si de algún otro modo puede dañar ó perjudicar la ignorancia de sus preceptos ó mandatos, en lugares distantes á donde no puede llegar el periódico el mismo día, mal podría existir racionalmente la presunción del conocimiento de la ley desde su aparición en aquél, ni declararse su *observancia* allí, ni tenerla como *obligatoria*, contra el tenor del artículo 1º del Código Civil, desde aquella aparición en la *Gaceta*.

¿Y entonces, cuándo entrará la ley en observancia, en esas diversas localidades? Cuestión es ésta que no puede resolverse interpretando el citado decreto. El dice claro que la ley tendrá fuerza ó vigor y autenticidad desde que aparezca en la *Gaceta Oficial*, y que producirá sus efectos con relación á los derechos y obligaciones de los venezolanos. Por consiguiente, entenderlo como si dijese que la autenticidad, vigor y efectos nacerían desde que la *Gaceta* llegase á cada localidad, no sería interpretar sino alterar los términos del decreto, pretendiendo que diga lo que no dice. Ni eso daría tampoco solución satisfactoria á la dificultad. Si fuese el hecho real de la llegada del periódico á cada localidad, el que se diese como punto de partida para la vigencia de la ley allí, claro es que tan delicado asunto se dejaría sometido á la eficacia ó descuido de las oficinas de correo en la expedición y circulación de la correspondencia, á los retardos ó aceleraciones de los conductores, y á todas las demás contingencias del caso, sin designar siquiera una autoridad que pusiese la constancia del hecho, y fijase, sin alteración posible, el momento en que comenzaba la obligación de obedecer y cumplir la ley. Tal sistema, falto de concierto, de unidad, de precisión, produciría confusión, desarmonía y chocantes contradicciones. Cuántas veces acontecería que habiendo empezado á regir la ley en localidades distantes, no se tuviese noticia de ella en pueblos más cercanos á la capital! Cuántas, en que se estuviese cumpliendo en gran parte de la República, y nó en otros lugares donde el interés público lo requiriese con más urgencia! Y cuántos abusos, cuántos fraudes podrían cometer el torcido propósito ó la mala fe, en daño de los intereses públicos y privados!

Forzoso es convenir en que ese punto de nuestra legislación reclama una medida legislativa que complete el sistema de publicación de la ley, con todo el acierto y la precisión que la importancia de la materia demanda.

Util nos parece traer aquí algunos detalles acerca de los sistemas de publicación adoptados en diversos países, que tomamos de *Aguilar* y *Velazco* en sus notas al Código Civil italiano, pero sin poder asegurar que no hayan sido variados hasta hoy.

La legislación inglesa se separa de los principios fundamentales que en los demás países distinguen la promulgación, de la publicación de la ley. En laterra desde que la ley reviste sus caracteres esenciales, es al mismo tiem- ejecutoria y obligatoria, sin exigirse ninguna condición de publicidad, ni na alguna de publicación. El acto legislativo se perfecciona por el voto las dos Cámaras y por la sanción del Monarca: desde ese momento es con fuerza obligatoria. No obstante, el periódico oficial pone en conoci- to del país los actos de su Parlamento.

bserva *Delognes*, que si bien ese sistema es inaceptable en teoría, ofrece dificultades en la práctica; porque la prensa propaga rápidamente por

Digitized by Google

todas partes el texto de los actos del Parlamento, y gracias á la instrucción tan generalizada allí, puede decirse que la ley es generalmente conocida desde que es sancionada y adquiere fuerza obligatoria.

Todas las legislaciones convienen en que, aunque sujeta á errores é ineficaz en algunos casos, la publicación tiene que hacerse por la notificación colectiva, que si bien no hace conocer individualmente la disposición legal á todos aquellos á quienes obliga, produce á lo menos una presunción de conocimiento que se completa por las medidas de hecho adoptadas para que ese conocimiento sea más general y simultáneo. En esos medios se diferencian las legislaciones, según la forma de gobierno, las necesidades y las vías de comunicación, sobre todo para fijar el momento desde el cual se presuma la ley conocida de todos, y tenga fuerza obligatoria.

En Francia, las ordenanzas de 27 de noviembre de 1816 y 18 de enero de 1817 establecieron la presunción de conocimiento de la ley por su inserción en el *Boletin*, desde el día siguiente al recibo por el Guardasellos, del ejemplar que contiene la inserción, en todo el departamento de la residencia real. Y para los demás departamentos fijaron el mismo lapso, aumentando tantos días más cuantas porciones de diez miriámetros haya entre la ciudad en que se hizo la promulgación y la capital de cada departamento. Este sistema es el mismo de Códigos de Luisiana, Bolivia y Méjico, variando sólo en los días de la distancia.

En Italia la publicación se hace insertando en el *Registro Oficial* de las leyes y decretos del Reino, la ley de que se trate; y la regla para la observancia es una y sencilla. Comienza á regir en todo el Reino quince días después, si en el decreto de promulgación no se dispone otra cosa, con tal de que en realidad se haga la publicación, sin irregularidades que impidan su fin de dar conocimiento al público de las disposiciones de la ley. Este sistema es el del Imperio Alemán, de Bélgica, Holanda, cantones de Nauchatel, del Tecino y de Ginebra y de la Polonia rusa; variando sólo en el número de los días.

Las legislaciones civiles de Baviera, Austria, Sajonia, Rusia y cantones suizos de Argovia, Soleure, y Lucerna, siguen un tercer sistema, según el cual no se concede ningún plazo para que la ley llegue á conocimeento de los asociados, bastando con que aparezca en la publicación oficial para que produzca efectos obligatorios. Es el mismo sistema venezolano.

Y aún hay en otros países otras formas especiales, como en Dinamarca, Noruega, y Haití. En el primero la ley no es obligatoria sino después que tenga lugar su lectura pública en cada Trlbunal, y la inscripción inmediata en un registro especial destinado al efecto. En el segundo se siguen reglas análogas. Y en Haití las autoridades locales hacen la publicación y se reputa conocida la ley en cada localidad veinticuatro horas después, y en todo el país un mes á lo más, después de la promulgación hecha por el Jefe del Estado.

Tales son los detalles que encontramos en el autor arriba citado.

Entre esos sistemas parécenos preferible el italiano como más sencillo y más preciso. A nuestra Legislación Nacional toca perfeccionar la materia entre nosotros. Mientras tanto los Tribunales tendrían que resolver los casos que se les presentasen. ¿Deberán hacerlo acomodando á esta materia las reglas que para calcular los términos de distancia dá el mismo Código de Procedimiento, de treinta kilómetros por día? ¿Y qué tabla oficial de distancias le serviría norte al aplicar aquella regla, de las capitales á las distintas localidades, cua se han abierto nuevas vías de cnmunicación y fundádose nuevos pueblos, de los trabajos de Codazzi acá? ¿Dejaríase también á la prudente apreciación los Jueces, siempre expuesta á error, esa materia de la vigencia de la ley, didas las distancias? ¿O bien deberían aquéllos, en cada caso, atenerse á lo resultase probado en autos sobre la verdadera publicación de la ley en l calidad, sobre el conocimiento que tuvieran las partes, de sus disposici

Digitized by Google

Sería esto último lo más correcto, porque cuando la presunción legal no está perfectamente establecida y definida por el legislador mismo, es racional inquirir la verdad y atenerse á ella.

Sin duda que nos ha evitado conflictos la práctica de fijar en cada ley ó decreto el día en que ha de comenzar á observarse; pero acaso alguna vez no se haga así, y por otra parte, el Ejecutivo Nacional tiene ciertas facultades para dictar algunas resoluciones en que es indispensable fijar término para comenzar ó cesar algunas concesiones, como importación de granos etc., y convendría siempre tener regla fija establecida en una ley, que guiase á la autoridad y evitase errores y desaciertos.

De acuerdo con las doctrinas de la ciencia que dejamos expuestas, está redactado el artículo 8º de los que estudiamos.

Discutió la Comisión revisora si debería establecer en los Códigos mismos las reglas generales sobre promulgación de las leyes; pero creyó deber abstenerse de hacerlo, visto que tendría que reformar un decreto especial no comprendido en ninguno de los Códigos que tenía el encargo de revisar, y entrar en una materia de tan extensos límites como es la que puede ser objeto de las leyes. Pero creyó conveniente recordar al legislador la necesidad de dictar sus reglas sobre publicación de las leyes, y por eso agregó el aparte que se lee en el artículo 8º

Es la segunda máxima de la ciencia que la ley no se aplica retroactivamente.

El artículo 68 de la Constitución actual dice: "Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto en materias de procedimiento judicial y la que imponga menor pena." Y el 3º del Código Civil consagra este precepto: "Las leyes no tienen efecto retroactivo."

Este principio de la no retroactividad de la ley es consecuencia del anterior; porque si se pudiese hacer remontar la acción de una ley nueva, á un tiempo anterior á su publicación, se la haría obligatoria antes de haberla hecho conocida. Su efecto, es, pues, en general, que deben respetarse los derechos adquiridos con anterioridad á la publicación de la ley nueva.

Pero ese principio es fecundo en dificultades para determinar cuando hay ó nó verdadera retroactividad en la materia de fondo; pues el mismo interés y orden públicos exigen á veces reformas en la legislación que alteran la situación anterior sin poder decirse que ofenden derechos ya adquiridos, v. g. la fijación de la mayoridad en mayor número de años. Por eso la materia requiere serio y detenido estudio, consultando los maestros de la ciencia, que la han ilustrado ámpliamente, como *Duverguier*, en sus notas á *Tullier*, *Laurent*, *Gabba* y otros, entre los cuales debemos recordar á *Escriche*, que tiene un tratado interesante sobre este punto. Como estos Estudios se limitan á la materia del derecho procesal, no podemos detenernos aquí en aquel examen.

Por fortuna, en cuanto á procedimiento, la cosa es sencilla: las disposiciones de la ley nueva se aplican desde su publicación aún á los procesos que hubieren comenzado bajo el imperio de la ley anterior. Los actos con-[illegible]mados en virtud de ésta, quedan sin alteración, respetando así los de-[illegible]os que ellos hubieren podido dar; y en lo adelante la instrucción con-[illegible] conformándose á los preceptos de la nueva ley. Tal es la doctrina con-[illegible] en el artículo 9º que estudiamos.

[illegible]o, en verdad, no constituye excepción á la regla general de la no [illegible]ividad; de modo que el artículo constitucional, al decir *excepto en ma-[illegible] de procedimiento*, y las palabras del citado artículo 9º solo quieren signi-[illegible] que á los procesos ya comenzados se aplica la ley nueva desde su pu-[illegible]ción sin que sea necesario que ellos sigan rigiéndose por la ley ante-

Digitized by Google

rior, y á los que se inicien en adelante se aplique también la nueva ley. Pretender lo contrario conduciría al absurdo de que los ciudadanos tuvieren el derecho adquirido de oponerse á que el legislador haga reformas en las leyes, cuando así lo reclama el interés público.

Es otra máxima de la ciencia que las leyes especiales, es decir particulares á una materia, deben ser aplicadas con preferencia á la ley general aun posterior. Y á esta máxima se conforman las disposiciones del artículo 7º á que se contrae este Estudio.

La dicha máxima viene consagrada desde Roma en la l. 8 D de reg. jur. *In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.* Evidentemente que está fundada en la razón; porque desde que el legislador encuentra motivos ó consideraciones suficientes para decidirse á dictar una ley especial sobre una materia, separándose de las reglas ordinarias dictadas para casos análogos, ó sometiéndola á una reglamentación más minuciosa, está mostrando su voluntad de que esa ley especial sea observada con preferencia á la general y como si fuera excepción de ésta.

Resulta, pues, del aludido principio, en lo referente á las leyes de procedimiento, que siempre que hay ley especial sobre una materia debe ocurrirse á élla y no á las reglas generales del Código de procedimiento. Y de este mismo, que comprende en el Libro I las *Disposictones generales*, en el II las *Reglas del juicio ordinario*, y en el III los *Procedimientos especiales*, habrá que aplicar las reglas de este último con preferencia á las de los otros dos en esas materias especiales á que él se contrae; pero teniendo presente que cuando la ley especial nada ha determinado á cerca de ciertos actos ó de ciertos casos que ella misma indica ó impone, por fuerza se ha de ocurrir, para evitar la desarmonía ó la arbitrariedad, á las reglas generales y á las formalidades que ellas contengan relativamente á esos actos y á esos casos. En una palabra, la ley especial se aplica en todo cuanto especialmente está previsto en ella, y en lo demás se ocurre á las reglas ó disposiciones generales.

Conducente es advertir que la doctrina expuesta parte de la base de que ambas leyes, la especial y la general, sean de una misma fuente, de un mismo legislador, para que no se crea que una ley especial local ó seccional pueda preferir ni modificar una ley general, y menos especial, nacionales.

Y nó á otro, sino á ese mismo principio, obedece también el artículo 6º que manda aplicar en el fondo, ó materia principal de los negocios, el Código Civil, sin perjuicio de que si el asunto versare sobre otra materia extraña á los de ese Código se apliquen los Códigos ó leyes que á éllas se contraigan, como lo establece su mismo artículo 12. No podía ser de otro modo: el simple criterio lo dice, como dice así mismo que en los procedimientos se atengan los jueces á este Código. ¿Para qué entonces ese artículo 6º? Era necesario, ó por lo menos conveniente. Ya hemos dicho que no es dado fijar un límite que separe la materia sustantiva ó de fondo, de la adjetiva ó de procedimiento, y menos es posible al legislador encerrarse tan estrechamente dentro de tal límite como para que en una materia de fondo no se permita alguna disposición de detalle que sea verdaderamente de tramitación. Su libertad no puede estar coaccionada así, y su misión de hacer las leyes como sean mas justas y convenientes al bién procomunal, no consiente una traba semejante. Así sucede, y no puede menos de suceder, que en muchas materias sustantivas el legislador introduce algo de procedimiento por juz- necesario para la mayor claridad ó la mas correcta aplicación de sus datos, como se vé en el mismo Código Civil al tratar de los interdi. Y como pudiera acontecer que resultase alguna antinomia entre disposic de uno y otro Código el legislador da al Juez la regla—el Civil pa de fondo—el de Procedimiento para el procedimiento, agregándole estas p bras *«en tanto que el Civil no establezca formas necesarias.* De suerte que Civil establece estas formas, á ellas debe atenerse el Juez. ¿Y qué deb-

Digitized by Google

entender por formas necesarias? Aquellas disposiciones de proceder que el legislador mismo declara expresamente que deben necesariamente ser observadas, ó bien que son de tal manera esenciales en la materia, que no se pueden omitir sin contrariar, alterar ó modificar el propósito del legislador. La necesidad de su observancia se impone así, como en el caso primero. Tales serían, por ejemplo, varios de los procedimientos que el legislador establece en la Ley de tierras baldías y en el Código de Minas.

Y si las formas establecidas en el Código Civil ú otras leyes civiles no son necesarias, y existe la antinomia, cuál ha de ser la conducta del Juez? Procurar armonizarlas, si es posible; y si no lo pudiere, observar el Código de procedimieto, puesto que el punto es de forma.

Si en el terreno político constitucional pudiéramos establecer sin vacilaciones que es principio de la ciencia, la preeminencia de la Constitución sobre toda otra ley, por lo menos en lo político y de organizacion de los poderes nacionales ¿podría establecerse con la misma certidumbre que también es principio de la ciencia la supremacía de la ley constitucional en la materia judicial, de modo que los jueces decidan sobre la constitucionalidad de cualquiera otra ley? Así debe ser, y así lo establece el artículo 10 de los que estudiamos.

La forma democrática republicana adoptada en la América, de los Estados Unidos del Norte á la Argentina; las constituciones políticas que establecen la completa separación de los Poderes públicos y someten á reglas al mismo Poder Legislativo, proclaman de modo implícito pero claro, la preeminencia de la ley constitucional, que viene á ser la Ley de las leyes, la fuente de todos los Poderes. Por eso creemos no errar al decir que el principio que dejamos establecido, es principio americano.

En cuanto á nosotros, si bien el artículo 44 de la Constitución de 1891, concebido en estos términos: "Además de la enumeración precedente, la Legislatura Nacional podrá expedir las leyes de caracter general, que sean necesarias, *sin qne en ningún caso puedan ser promulgadas, ni mucho menos ejecutadas las que colidan con esta Constitución, la cual define las atribuciones de los Poderes públicos de Venezuela*," fué modificado en la constitución de 1893, suprimiéndole toda la parte copiada en bastardilla, no por eso creemos alterado el principio que dejamos establecido. El artículo 19 de la vigente dice: "Los que expidieren fuera del caso del artículo 89, firmaren, ejecutaren ó mandaren ejecutar decretos, órdenes ó resoluciones que violen cualquiera de los derechos garantizados á los venezolanos, son culpables, y deben ser castigados conforme lo determina la ley." El 20. "Los derechos reconocidos y consagrados en los artículos anteriores no serán menoscabados ni dañados por las *leyes* que reglamenten su ejercicio, y las que esto hicieren serán declaradas, de conformidad con la atribución 10ª del artículo 105, como *inconstitucionales, y carecerán de toda eficacia.*" Y el 119.—"Todo *acto de las Cámaras Legislativas* ó del Ejecutivo Federal que *viole* los derechos garantizados á los Estados ó ataque su autonomía, deberá ser declarado *nulo* por la Corte Federal etc."

Es, pues, de derecho patrio constitucional la supremacía de los preceptos constitucionales sobre cualquiera otra disposición legal. El Congreso Nacional no puede sancionar ninguna ley que colida con la Constitución, y por supuesto [illegible] menos puede hacerlo ningún Cuerpo legislador seccional ó local. Ni el [illegible]er Ejecutivo ni el Judicial pueden tampoco dar ninguna disposición general [illegible] contraríe esa Carta fundamental. La constitucionalidad, es, por tanto la [illegible]a condición que debe buscarse en toda ley para poderla aplicar.

[illegible]gún *Laurent* en su gran obra de *Derecho civil francés*, no es aceptado en [illegible], el principio de que venimos tratando; por lo cual aquel sabio autor [illegible]ga á los tribunales franceses el poder de examinar la constitucionali[illegible] de la ley. Entre nosotros no puede haber duda, ante las disposicio[illegible]adas.

Digitized by Google

A la vez que el artículo 65 de la Constitución preceptúa que "Las leyes se derogan con las mismas formalidades establecidas para sancionarlas." y que el Código Civil en su artículo 5º dispone: "Las leyes no pueden ser derogadas sino por otras leyes, y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre ó práctica en contrario, por antiguos ó universales que sean," dá la misma Constitución en su artículo 106 á la Alta Corte Federal la atribución 9ª "Declarar cual sea la ley vigente cuando se hallen en colisión las nacionales entre sí, ó éstas con las de los Estados." Reforma acertada, que limitó una facultad que se extendía á las leyes de los Estados, y á decretos y resoluciones y cualquiera otra disposición; y que si no era absurda, se prestaba á abusos que podían envolver consecuencias trascendentales.

Nuestro derecho constitucional, que contiene la división y distinción de los Poderes Públicos y limita la esfera de acción de cada uno, no podía dejar de consignar el principio de que la ley no puede ser derogada sinó por otra ley constitucionalmente sancionada. El Código Civil, al repetirlo, cuida de desechar expresamente el desuso y la costumbre *contra legem*, para mantener el imperio de la ley, sobre el abandono ó descuido y sobre el abuso y la corruptela. No puede ser de otro modo. Si cualquier otro Poder, el Ejecutivo, el Judicial, el de las Secciones, pudiera derogar la ley nacional, se rompería el equilibrio de los Poderes Públicos, y al orden y la justicia se sustituirían la confusión y la arbitrariedad. Y si con el descuido ó el abandono, con la resistencia pasiva, con la violación de la disposición por una práctica contraria, se pudiera derogar la ley, ésta perdería su primera condición, que es la de su autoridad, entorpeciendo la marcha social ordenada, y provocando la anarquía.

El Código Civil se refiere solo á la costumbre ó práctica en contrario, desechando así la costumbre que el derecho ha llamado *contra legem;* sin comprender la *extra legem* ni la *secundun legem.* ¿Qué diremos de éstas? La costumbre *extra legem*, no es otra cosa que una práctica constante, útil, corriente, que suple los vacíos de la ley en los casos no previstos en élla. La *secundum legem* es la que se amolda á la ley existente en el modo de observarla y cumplirla, ó la interpreta, fijando su sentido, si la ley es ambigua. Ninguna de las dos contraría, pues, la ley; pero sólo tienen esa autoridad que dan el recto criterio y el acierto en la práctica de los negocios, á menos que el legislador expresamente ordene que se siga la costumbre, como se ve en el artículo 6º del Código de Comercio, y aún en algunas otras disposiciones del Código Civil.

La Constitución actual dice en su artículo 106: "Son atribuciones de la Corte Federal, á más de las que le señale esta Constitución, etc.

8ª Declarar en el término más breve posible, cuál disposición ha de prevalecer en el caso especial que se le someta, cuando la autoridad llamada á aplicar la ley, en el lapso legal señalado para su decisión, *motu propio* ó *á instancia de interesado*, acuda en consulta á este Tribunal con copia de lo conducente, porque se considere que hay *colisión de las Leyes Federales ó de los Estados* con la Constitución de la República. Sin embargo, por este motivo no se detendrá el curso de la causa, y llegada la oportunidad de dictar sentencia sin haberse recibido la declaración de que trata esta facultad, aquella se conformará á lo que sobre el particular dispone el Código de Procedimiento Civil. En el caso de que la decisión llegue encontrándose la causa en apelación bunal de alzada aplicará lo dispuesto por la Corte Federal."

Esa reforma constitucional, que restringe las facultades que el mis mero 8º del artículo 110 de la Constitución anterior, daba á la Alta Co sin duda más racional y menos expuesta á abusos. Si no recordamos r semejante á lo que consagra la Constitución de los Estados Unidos del N Según ella cuando en un asunto concreto que curse en un tribunal se e tra que existe colisión entre una ley federal ó de un Estado con la Co

Digitized by Google

ción Nacional, el tribunal, de oficio ó á solicitud de parte, puede ocurrir á la Corte Federalal dar sentencia, sometiéndole el caso, con copia de lo conducente, para que aquella Corte sea la que decida la colisión. Como esa Corte es tan numerosa, por una parte, y difíciles sus reuniones; y carecemos por otra parte de las rápidas vías de comunicación de nuestra hermana del Norte, rara vez se obtendrá la decisión de la Corte en la oportunidad que sería de esperarse, y gracias que pueda lograrse para segunda instancia. Tendrá por tanto el Juez, si así sucediere, que atenerse al artículo 10, que estudiamos.

De manera, pues, que en los asuntos que se lleven á los tribunales, los interesados tienen el derecho de objetar y discutir la constitucionalidad de cualquiera disposición legal, cuya aplicación al caso dado, se pretenda hacer; y los jueces tienen el deber de examinar, y la facultad de dejar de aplicar la ley que manifiestamente colida con la Constitución. Así lo consagra hoy expresamente el artículo 10 que estudiamos.

Y decimos manifiestamente, porque esa facultad ha de ejercerse con la mayor discreción y acierto, á fin de no exponerse, ni á violar la Constitución entendiéndola mal, ni á revelarse, so pretexto de una colisión dudosa ó solo aparente, contra la ley, que tambien tienen el deber de cumplir los Jueces. Están colocados entonces entre dos obligaciones trascendentales, y entre dos responsabilidades graves; y es de propio interés desempeñarse con la mayor cordura en semejante conflicto. Si no hay acomodo posible entre las dos disposiciones, la constitucional ha de prevalecer. Si ésta, por el contrario, no excluye de modo manifiesto la otra, de suerte que pueda dársele una inteligencia aceptable sin menoscabo de aquélla, ambas han de quedar en su puésto, y ser respetadas y cumplidas.

Así, los jueces no son árbitros de la ley, sino respetuosos observadores de ella, prefiriendo la constitucional á la otra. A ambas tienen que someterse, y sólo cuando están en conflicto tienen la facultad, no de resistir á las dos, no de preferir la otra, sino de obedecer la constitucional.

La Constitución llevó sus previsiones hasta la posibilidad de colisión entre leyes nacionales, ó entre leyes nacionales con las de los Estados, y dió á la Alta Corte Federal la facultad de resolverlas, declarando cual sea la vigente, con lo que de hecho queda derogada la que con ésta colidía. No podemos entrar aquí en el examen crítico de tal disposición, bajo la luz del Derecho público constitucional, por ser extraño á nuestro propósito. A primera vista nos parece que la Constituyente fué demasiado lejos y creó una fuente de peligros y de dificultades. Los norte-americanos, cuyas instituciones se han tomado como modelo en casi todas las demás Repúblicas americanas, confieren tal facultad al Juez en los casos concretos en litigio, que tiene necesidad de fallar, y sólo en la esfera de la constitucionalidad; mientras que nuestra Constitución hace á la Corte Federal hasta cierto punto legisladora, dándole una facultad general y absoluta. Tomemos, pues, las cosas tales como las establece la Constitución.

La facultad dada á dicha Corte facilita la misión de los demás Jueces y disminuye la posibilidad de contradicciones, pues desde que aquella Corporación haya hecho la declaratoria, los Tribunales deben tenerla como regla en los casos que en ellos ocurran. Si desgraciadamente el caso de colisión se les presentare, sin haberse sometido antes á la Corte Federal, y resuelto por ésta, tendrán entonces éllos que hacer las debidas apreciaciones para aplicar en la controversia dada, la ley que reuna en su favor mayores condiciones de constitucionalidad, y de oportunidad y justicia.

Pero la facultad constitucional dada á aquella Corte, requiere un examen más detenido. Veamos los casos á que ella se contrae—colisión de leyes

Digitized by Google

nacionales entre sí—colisión de ley nacional con ley de un Estado; y tengamos presente, que se trata de colisión de toda especie.

Cuando la colisión es de leyes nacionales entre sí, una disposición de una ley nacional con otra de otra ley nacional, habrá de examinar la Corte, como siempre préviamente, si existe ó nó colisión, en realidad, y luego, estudiará cuál entre las dos leyes, se ajusta más á la Constitución, para dar la preferencia á ésta, y si ambas son igualmente constitucionales, cuál de ellas es más procedente en la materia, más justa, más acertada, de más fácil y recta aplicación, para hacerla prevalecer sobre la otra.

Cuando la colisión sea de una ley de un Estado con una ley nacional, obrará de una manera semejante al caso anterior, esto es, examinará si la ley nacional es referente á materia que toca exclusivamente á la Legislatura Nacional, caso en el cual deberá prevalecer la ley nacional, ó si la ley nacional se mezcla en materia que es de competencia del Estado, y entonces deberá prevalecer la ley del Estado, ó en fin, si ambas leyes versan sobre materia común á la Legislatura Nacional y á la de los Estados, en el cual caso no habrá verdadera colisión, y ambas leyes se aplicarán cada una en su esfera; v. g. en la materia de inmigración, en la materia de instrucción pública, que son del resorte de la Nación y también de los Estados. Por supuesto, que ninguna de las leyes debe contener nada contrario á la Constitución nacional.

Aunque según el artículo actual de la Constitución, no es ya del caso, lo que habíamos escrito antes respecto de las leyes de los Estados, lo copiamos aquí:

«En cuanto al tercer punto—colisión de las leyes *de los mismos Estados*, debemos distinguir si ella es de una ley de un Estado con otra de otro Estado, ó si es de dos leyes de un mismo Estado. En el primer caso nos parece difícil la colisión. Las leyes de carácter general ó nacional, no corresponden á las Legislaturas de los Estados sino al Congreso Nacional: las materias de interés exclusivo de cada Estado son las que tocan á su respectiva Legislatura, y ésta no legisla sino para su propio territorio. Así, puede suceder que sobre una materia de competencia de los Estados, tengan dos ó más de ellos legislación diferente y hasta opuesta, según lo exija el interés especial de cada uno, sin que ello produzca inconveniente, desde que tales disposiciones no se aplican sino dentro del respectivo territorio. Y como la colisión á que nos contraemos no tiene lugar sino cuando hay necesidad de aplicar al mismo tiempo dos leyes vigentes que son opuestas, claro es que no puede darse tal colisión entre las dos leyes de distintos Estados. Sin embargo, como la Constitución no aísla los Estados de manera que no mantengan tráfico y relaciones distintas de intereses entre sí, y por el contrario tienen compromisos constitucionales para conservar la armonía de esos intereses, bien pudiera suceder que una disposición legal de un Estado, contrariando otra de otro Estado, hiriese esos intereses faltando á aquellos compromisos. Entonces, la colisión sería con la Constitución nacional, y se resolvería como hemos dicho antes. Con todo, si fuera de ese caso, ocurriere algún otro que no prevemos, de deberse tener como vigentes leyes de diferentes Estados, y el conflicto de haber de aplicarlas al mismo tiempo, siendo opuestas, claro es que coresponderá á la Alta Corte decidir cuál sea la vigente».

«Ahora en el segundo caso, esto es, si se trata de colisión de una ley de un Estado con otra disposición legal del mismo Estado, no nos parece admisible que la Alta Corte Federal tenga la facultad de decidir tal colisión, y nó podemos interpretar las palabras del precepto constitucional que examinamos, en ese sentido. Aquel Cuerpo Federal es esencialmente nacional, y sus atribuciones, de competencia federal; mientras que el conflicto entre disposiciones legales de un mismo Estado es de interés meramente seccional, y de su exclusiva incumbencia. Y mal se avendrían con el sistema constitucional, con la

Digitized by Google

autonomía de las secciones, esa ingerencia y ese poder de una Corte nacional, en asuntos que sólo atañen á una Sección ó Estado, y son de su exclusivo interés. Es al Estado mismo á quien más importa que sus propias leyes se cumplan sin tropiezo, y evitar y resolver, por tanto, semejantes conflictos en su legislación ».

« ¿Y qué diremos de las Ordenanzas Municipales dictadas por los Concejos en virtud de las facultades legislativas que tengan? Si una de esas Ordenanzas colide con la Constitución nacional ó con una ley nacional, está en el mismo caso de una ley del Estado, como obra de uno de sus cuerpos legisladores; y la Alta Corte tendría la facultad de resolver la colisión, como antes hemos dicho. El fin de la disposición constitucional es mantener el imperio de la Constitución y leyes nacionales en todo el país sin excepción, y sobre cualquiera otra disposición contraria abusiva, emanada de cualquier otro poder legislador ».

« Hecha por la Alta Corte la declaratoria de cuál es la ley vigente ¿deberá tenerse como no vigente ó derogada la que con ella colida, en todas sus partes, aun respecto de disposiciones extrañas á la colisión? Cuestión es ésta que no atañe á aquel Cuerpo. Su misión queda cumplida, declarando cuál sea la ley vigente, sin extenderse á más. ¿Pero cómo deberán los Tribunales resolver la cuestión, si se les presenta en un proceso? La ley que colidía con la declarada vigente no ha sido derogada de un modo formal y directo; es de hecho, como consecuencia forzosa de la declaratoria de vigencia de la una, que viene la derogatoria de la otra; y por lo mismo parece lógico no extender aquellas consecuencias más allá de la esfera de la colisión ».

« Se dirá acaso que no puede aplicarse una ley así mutilada, trunca, incompleta. Entonces, para nosotros, la cuestión no puede resolverse en abstracto, y su solución dependerá de las circunstancias del caso, como en toda cuestión de hecho. Si la disposición ó disposiciones que causaron la colisión, son el fundamento, el propósito esencial de la ley; ó tienen tal enlace ó trabazón con el resto de ella, que ésta queda perturbada, desapareciendo su unidad, su armonía, la aplicación sería imposible, y debería tenerse como derogada toda la ley. Pero si la disposición ó disposiciones causantes del conflicto no fueren esenciales, ni tuviesen aquel enlace, ni influencia radical en el resto, de modo que, suprimidas, aún quedase un todo armónico, conservando la unidad del próposito, no habría razón plausible para considerarla derogada en el todo, pues que en realidad no lo ha sido, y el resto es de posible ejecución. Supóngase que un Estado dicta una ley imponiendo una contribución que le es lícito establecer: que la reglamenta señalando medios legítimos de recaudación; pero que para asegurar mejor el pago, sanciona disposiciones penales imponiendo multas, y además pérdidas de derechos garantizados por la Constitución Nacional: que denunciada la colisión entre esta última disposición y el artículo constitucional del caso, la Alta Corte declara, como es justo, que este artículo es el vigente. ¿Por qué habría de tenerse como derogada toda la ley, de hecho, cuando en lo demás no habría tropiezo legal para su aplicación? Puesto que la cuestión es una derogatoria de hecho, deberán resolverla los Tribunales, apreciando los hechos y las circunstancias en su prudente arbitrio. Eso nos parece lo correcto, porque la declaratoria de la Corte no puede alcanzar consecuencias que están manifiestamente fuera de ella ».

Art. 11. En los casos de aplicación del derecho internacio- privado, los Jueces atenderán primero á los tratados públi- ; de Venezuela con la Nación respectiva, en cuanto al punto cuestión; en su defecto, aplicarán lo que sobre la materia dis-

Digitized by Google

pongan las leyes de la República ó se desprenda de la mente de la legislación patria; y en último lugar, los principios del dicho derecho aceptados generalmente.

ESTUDIO 6º

La regla del artículo es clara y precisa: primero se atiende á los tratados públicos respectivos, á su falta, á nuestras leyes y aún á la mente de nuestra legislación, y en fin á los principios del Derecho internacional privado generalmente admitidos.

El cumplimiento de los tratados con otras naciones es de derecho natural, de derecho de gentes, y de derecho interno; pues la palabra dada debe cumplirse, la obligación pactada en un contrato es un vínculo voluntario con que nos hemos ligado, y que no nos es dado romper caprichosamente, y la observancia de la ley que dicta la Legislatura aprobando el tratado, es un deber del país. Si no hubiere tratado sobre el punto especial que ocurra, han de aplicarse las disposiciones que el legislador venezolano hubiere dictado sobre la materia, y los principios generales del Derecho internacional privado que por su aceptación deben de considerarse como obligatorios entre los pueblos.

Traigamos á la vista las disposiciones de nuestro derecho.

El artículo 7º de Código Civil dice; "Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan á los venezolanos aunque residan ó tengan domicilio en país extranjero."

El artículo 8º del mismo Código dispone: "Los bienes muebles ó inmuebles, aunque estén poseídos por extranjeros, se regirán por las leyes venezolanas."

Y el 9º del mismo: "La forma extrínseca de los actos entre vivos y de última voluntad se rige por las leyes del país en donde se hacen; pero los venezolanos así como los extranjeros domiciliados en Venezuela podrán seguir las disposiciones de las leyes venezolanas en cuanto á la misma forma extrínseca, cuando el acto sea otorgado ante el empleado competente de la República en el lugar del otorgamiento."

"En todo caso, la ley de Venezuela que haya establecido como necesaria una forma especial, deberá ser cumplida."

Como se vé. esas tres disposiciones se relacionan con el Derecho internacional privado, desde que tratan de derechos y deberes de ciudadanos venezolanos aun residentes en otras naciones, y de derechos y deberes de súbditos ó ciudadanos de otros países, en el territorio venezolano. Ellas son tomadas del Código Civil italiano, que contiene algunas otras más, sobre las cuales nada dice el nuestro; y obedecen por consiguiente, á los principios generalmente seguidos en Europa, que no son del todo conformes con los que han adoptado los Congresos de Derecho internacional privado Sur-americanos, como luego veremos.

Dispone el Legislador en el artículo 7° que las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan á los venezolanos aunque residan ó tengan domicilio en país extranjero; y si es verdad que se limita á imponer á los nacionales el sometimiento á esas leyes, aun siendo ellos residentes ó domicil[illegible] en el extranjero, porque sin duda no se creyó posible extenderse á impo[illegible] los jueces extranjeros la obligación de aplicarlas, es lógico deducir [illegible] esa disposición del artículo 7º es, á juicio de nuestro legislador, el [illegible]pio justo, los jueces venezolanos deben con igual justicia aplicar á los ext[illegible]jeros las leyes de sus respectivos países en cuanto á estado y capacida[illegible] artículo 6º del Código italiano establece el principio de un modo general, en [illegible] términos: "El estado y la capacidad de las personas y sus relaciones de fa[illegible]

Digitized by Google

son regulados por la ley de la nación á que pertenezcan." Con esto el legislador italiano no pretendió imponer ningún deber á los jueces extranjeros, sino imponerlo al juez italiano de aplicar al extranjero su ley, y obtener la reciprocidad llegado el caso. Ya veremos el sentir de los plenipotenciarios suramericanos sobre esos puntos.

Las leyes concernientes al estado y capacidad se llaman *leyes personales* ó del *estatuto personal*, y son aquellas cuyas disposiciones crean ó modifican *directa* y *únicamente* el estado de las personas, es decir, que establecen la universalidad de su condición, de su capacidad ó incapacidad para proceder á los actos de la vida civil: la ley que impone á la persona una cualidad general, sin relación con las cosas, á no ser de un modo accesorio y por consecuencia del estado ó de la cualidad del hombre, según la definición de *Fœlix*. Tales son las que determinan los que son ó no ciudadanos, las que fijan la mayoridad, las que establecen quienes sean capaces para contraer matrimonio, para testar y para obligarse, las que determinan los derechos del marido respecto de su mujer, del padre respecto de los hijos, y del tutor respecto del menor ó entredicho.

Pero la aplicación por nuestros tribunales, de la ley personal de su nación, á un extranjero, debe tener siempre como límite, el que no sea contraria á la moral ó al orden público, como sería la que autorizase la poligamía, consagrase la condición de esclavo, etc.

El artículo 8º se refiere á los bienes muebles é inmuebles y dice que se regirán por las leyes venezolanas, aunque estén poseídos por extranjeros. Cuanto á los primeros es el principio á que obedecen todos los legisladores, como derivado de la soberanía territorial. Esas leyes sobre inmuebles llamadas del *estatuto real* son las que tienen por objeto *directo y principal* las condiciones jurídicas de los bienes, y tales son las que dividen éstos en inmuebles y muebles, definen la propiedad, fijan sus desmembramientos, organizan los modos de adquisición y de trasmisión, los derechos reales que pueden ejercerse sobre ellos, y las vías de ejecución de que pueden ser objeto. [*]

En lo relativo á inmuebles situados en Venezuela, los extranjeros, como los venezolanos, están, pues, sujetos á la aplicación de la ley venezolana: así, aun los extranjeros tendrán que satisfacer los impuestos que graven los inmuebles en Venezuela—no podrán establecer sobre ellos servidumbre que nuestra ley no autorice—la sucesión en cuanto á esos bienes situados aquí será regida por la ley venezolana y devuelta al heredero, llamado por nuestra ley—estarán obligados á la reserva de legítima acordada en nuestro derecho—no podrán establecer hipoteca general sobre un inmueble situado aquí—etc.

Antes nada decía el artículo 8º de nuestro Código sobre muebles: ahora los comprende en la misma regla de los inmuebles, como hemos visto. Y es esa la teoría que va ganando terreno entre los escritores modernos, haciendo desaparecer las diferencias que se habían establecido entre unos y otros bienes.

El Código italiano que nuestro legislador tuvo presente, como el más adelantado, dice en su artículo 7º: "Los bienes muebles están sujetos á la ley

---

[*] La teoría de los estatutos ha sido combatida por *Fiore*, *Laurent* y otros notables escritores, como deficiente é incorrecta y va cayendo en desuso según se asevera en estudios más recientes. Se sirve no obstante de su nomenclatura, el mismo Laurent, por necesidad, como él lo explica. Nosotros la hemos adoptado también, ya porque en nuestros trabajos no entramos en la materia del *Derecho internacional* privado sino incidentalmente y no vamos á sustituír aquellas teorías con otras; ya porque escritas las obras á que ocurrimos en estos Estudios siguiendo la misma nomenclatura, ni se nos entendería ni se entenderían nuestras citas si nos separásemos de ese tecnicismo.

Esa teoría de los *Estatutos* ha sido sustituida no ha muchos años, por la de la *Personalidad* de la ley ó del derecho, y desarrollada por Fiore y otros escritores modernos.

Digitized by Google

de la nación del propietario, salvo disposiciones contrarias de la ley del país en que se encuentran." De creerse es que el legislador venezolano no creyó deber aceptar ese principio. Luego veremos que en ese punto es grande la divergencia entre las opiniones de los juristas de Europa y de América. Aquí la tendencia general era someter los muebles al mismo principio de los inmuebles y así se ha hecho últimamente. En Europa nó.

En efecto, allá se hace una distinción entre los muebles considerados en sí mismos é individualmente, y los muebles dependientes de una sucesión. En cuanto á los primeros, se advierte que son regidos por la ley de su situación. En cuanto á los segundos, la jurisprudencia decide que deben ser regidos por la ley del extranjero trasmitente, considerándolos adheridos á la persona del propietario, por el principio *mobilia ossibus inhærent, mobilia sequuntur personam*, porque entonces se trata de un hecho dependiente exclusivamente de la voluntad del propietario, sin que un tercero pueda alegar hecho propio para reclamar algún derecho. Pero debemos advertir que no faltan en Francia autores que sostienen que debe aplicarse siempre la ley de la situación de los muebles, pues de otro modo se subordinaría la soberanía nacional á la ley extranjera. Según la distinción expresada, la ley del país de la situación se seguiría en lo concerniente á adquisición por actos entre vivos, á los privilegios por alquiler del local donde están, á la prenda ú otro privilegio sobre ellos, á embargo y remate. En los casos de sucesión, la ley de ésta se aplicaría á los muebles cualquiera que fuese su situación.

La distinción entre los *estatutos reales y los personales* no es siempre fácil de establecer. Para determinar su caracter es preciso considerar el *objeto principal, el objeto definitivo* de la ley en cuestión. Si el objeto final es reglar los bienes ó los derechos á ellos inherentes, es *real;* y al contrario, si el objeto final es reglar el estado ó la capacidad de los individuos, es *personal.* Dificultades graves se presentan, no obstante, y cuestiones delicadas surgen á veces en la práctica. Para evitar el peligro de someter á leyes extranjeras cosas que forman parte integrante del territorio nacional, se ha adoptado la regla de que, en la duda de si una ley es personal ó real, se considere como de esta última especie; y que para decidir si la cosa es mueble ó raiz se atienda á la ley del lugar de la situación. En todo caso nunca estará demás cuanta circunspección y prudencia muestren los Jueces cada vez que se exija la aplicación de la ley extranjera con preferencia á la nacional, y en general en todo asunto que se relacione con el derecho internacional privado.

El artículo 9º arriba copiado se contrae á la forma extrínseca de los actos entre vivos ó de última voluntad, para disponer que se rijan por la ley del lugar donde se hacen; si bien los venezolanos y los extranjeros domiciliados podrán seguir la ley venezolana sobre la forma extrínseca, si el acto se otorga ante un funcionario competente de la República en el lugar del otorgamiento; y en todo caso en que la ley venezolana haya establecido como necesaria una forma especial deberá ser cumplida.

En esto, solo es de notar el espíritu liberal de nuestro legislador que ha hecho partícipe al extranjero domiciliado del favor que acuerda al venezolano.

La forma de los actos comprende las operaciones ó pasos jurídicos necesarios para hacerlos (*quod agitur*) y los escritos destinados á hacerlos constar (*instrumenta*). Así, por ejemplo, para el acta civil de nacimiento es preciso ocurrir á la autoridad á cuyo cargo está el registro, con las personas que la ley designa, á hacer la declaración del caso, presentar el nuevo nacido, y luego suscribir el acta redactada conforme á la ley.

La forma extrínseca, ó sean las formalidades externas, y la forma intrínseca, ó sean las condiciones sustanciales del acto mismo son esencialmente distintas y no pueden confundirse: por eso un acto puede ser perfectamente legal, irreprochable en la forma extrínseca, y nulo é ilegal en lo intrínseco.

Digitized by Google

Por ejemplo, un testamento otorgado por un padre venezolano en Inglaterra con todas las exigencias de forma allí requeridas, por el cual dejare todos sus bienes al hijo mayor, estableciendo en su favor una vinculación y desheredando á los demás, sería testamento válido en la forma, pero nulo en sus disposiciones ante la ley venezolana, que no permite tales cosas; y por tanto no podrían los Tribunales hacerlo cumplir, por más que el documento fuere legítimo, auténtico y viniese legalizado. El documento formal sería una prueba fehaciente del acto; pero de un acto esencialmente vicioso y sin efectos en Venezuela.

En la forma se sigue, pues, la regla *locus regit actum*, á menos que se pruebe que las partes se fueron al extranjero á ejecutar el acto con el propósito de burlar la ley nacional.

Nuestro artículo contiene las dos excepciones que hemos visto, á saber: cuando la ley venezolana haya establecido una forma necesaria que no podrá entonces dejar de observarse; ó cuando el acto pase ante el empleado competente de la República en el lugar del otorgamiento. Ese empleado no puede ser otro que el agente diplomático ó consular acreditado en aquel lugar, que son los únicos que es dado á un país tener en territorio de otro; y su competencia ó incompetencia para el acto resultará de las facultades que la ley venezolana les conceda, las cuales pueden ser más ó menos limitadas, y abrazar ó nó funciones notariales.

Los Tribunales de justicia deben no olvidar que las disposiciones *decisoriæ litis*, esto es, las que han de seguirse para fallar el litigio son las de los leyes venezolanas, en tanto que según los principios de que ha venido haciéndose referencia, no esté autorizada la aplicación de la ley extranjera; y que respecto de las disposiciones *ordinatoriæ litis*, esto es, competencia de las Tribunales y forma de procedimiento, son las leyes venezolanas, y en general las leyes del lugar en que se intenta la demanda, las que deben seguirse, porque son de orden público y de propia incumbencia en cada país, según se ha explicado.

Y en fin, como los jueces de un Estado no están obligados á conocer sino las leyes nacionales, á quien pide la aplicación de una ley extranjera le toca comprobar sus disposiciones, presentándola de un modo auténtico.

Hemos dicho que no están acordes las opiniones de los juristas y escritores sud-americanos con las de los escritores europeos en algunos de los puntos que hemos tocado. Verdad es que el Congreso de juristas de Lima, de 1878, aceptó casi sin diferencias las doctrinas de estos últimos. Mas en el Congreso sobre Derecho internacional privado reunido en Montevideo en 1888, se formularon tratados, en los cuales se palpa notable desacuerdo.

El *Dr. Seijas*, en su tan recomendable obra sobre el Derecho internacional hispano-americano (público y privado) da cuenta de aquel primer Congreso en estos términos (tomo 1º. pág. 190) «Como se sabe se instaló en Lima en 3 de diciembre de 1877 un Congreso de Plenipotenciarios jurisconsultos, á impulsos de las excitaciones del Gobierno del Perú, que siempre ha mirado con entusiasmo la causa de la unión de los pueblos americanos. Ha creído que contribuiría mucho á ella la uniformidad de la legislación en ciertos puntos, con el objeto de borrar las diferencias existentes de unas á otras Repúblicas y preparar así el fundamento de la confederación sólida y durable de todas.»

Da cuenta luego de sus trabajos y de la exposición de las ideas predominantes en él, é inserta el tratado que suscribieron los representantes de Venezuela, Perú, Chile, Bolivia, Ecuador y Costa Rica, del cual tomamos los siguientes artículos referentes á los puntos que hemos tocado.

"Art. 1º Los extranjeros gozarán en la República de los mismos derechos civiles que los nacionales.

Digitized by Google

Art. 2º El estado y la capacidad jurídica de las personas se juzgarán por su ley nacional, aunque se trate de actos ó de bienes existentes en otro país.

Art. 3º Los bienes inmuebles existentes en la República y los muebles que tengan en élla una situación permanente, serán regidos por las leyes nacionales, aunque sus dueños sean extranjeros ó no residan en el Estado, salvo lo dispuesto en el título de las sucesiones.

Art. 4º Los contratos celebrados fuera de la República serán juzgados, en cuanto á su validez intrínseca y efectos jurídicos de sus estipulaciones, por la ley del lugar de su celebración; pero si esos contratos por su naturaleza ó por convenio de partes tuvieren que cumplirse precisamente en la República, se sujetarán á las leyes de ésta. En uno y otro caso el modo de ejecutarlos se regirá por las leyes de la República.

Art. 5º Las formas ó solemnidades externas de los contratos ó de cualesquiera otros actos jurídicos, se regirán por la ley del lugar en que han sido celebrados.

Art. 7º La validez del matrimonio para los efectos civiles se juzgará por la ley del lugar en que se ha celebrado.

Art. 20. La capacidad para suceder y la sucesión se regirán por la ley á que se haya sujetado el testador, con las restricciones siguientes:

1ª No tendrán efecto las disposiciones testamentarias sobre bienes existentes en la República, si se oponen á lo que se establece en el artículo 54.

2ª En la sucesión de un extranjero tendrán los nacionales, á título de herencia, de porción conyugal ó de alimentos, los mismos derechos que según las leyes del Estado, les corresponderían sobre la sucesión de otro nacional; y los harán efectivos en los bienes existentes en el país.

Art. 54. Las leyes, sentencias, contratos y demás actos jurídicos que hayan tenido origen en país extranjero, sólo se observarán en la República, en cuanto no sean incompatibles con su Constitución política, con las leyes de orden público ó con las buenas costumbres."

Diez años más ó menos habían corrido después del Congreso de Lima, cuando, á excitación de los Gobiernos argentino y uruguayo, se instaló en Montevideo el 25 de agosto de 1888, el Congreso sud-americano de Derecho internacional privado, á que asistieron los representantes de la República Argentina, de Bolivia, del Imperio del Brasil, de Chile, del Paraguay, del Perú y del Uruguay, no habiendo podido enviar los suyos, Colombia, Ecuador y Venezuela. Las actas de este notable Congreso fueron publicadas de orden del Gobierno de la República Argentina. Allí se vé que luminosísimos informes acompañaron á los diversos proyectos de tratado que se propusieron, y que las discusiones fueron tan detenidas como ilustradas, notablemente sobre la ley que ha de regir los bienes muebles. Del tratado sobre Derecho civil internacional tomamos los siguientes artículos relativos á los puntos en que nos hemos ocupado.

«Art. 1º La capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio.

Art. 2º El cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida emancipación, mayor edad ó habilitación judicial.

Art. 4º La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rige por las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales.

El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera

Digitized by Google

lugar de su institución todas las acciones y derechos que le correspondan.

Mas para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de su institución se sujetarán á las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos.

Art. 5º La ley del lugar en el cual reside la persona determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio.

Art. 11. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en que se celebra.

Sin embargo, los Estados Signatarios no quedan obligados á reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de éllos, cuando se halle afectado de alguno de los siguientes impedimentos.

(*a*) Falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimum catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer.

(*b*) Parentezco en línea recta por consanguinidad ó afinidad sea legítimo ó ilegítimo.

(*c*) Parentezco entre hermanos legítimos ó ilegítimos.

(*d*) Haber dado muerte á uno de los cónyuges, ya sea como autor principal ó como cómplice, para casarse con el cónyuge supérstite.

(*e*) El matrimonio anterior no disuelto legalmente.

Art. 26. Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen, en cuanto á su calidad, á su posesión, á su enajenabilidad absoluta ó relativa y á todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

Art. 32. La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.

Art. 33, La misma ley rige:

(*a*) Su existencia:

(*b*) Su naturaleza:

(*c*) Su validez:

(*d*) Sus efectos:

(*e*) Sus consecuencias:

(*f*) Su ejecución:

(*g*) En suma todo cuanto concierne á los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

Art. 44. La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento.

Esto no obstante el testamento otorgado por acto público en cualquiera ıos Estados contratantes será admitido en todos los demás.

ırt. 45. La misma ley de la situación rige:

(*a*) La capacidad de la persona para testar:

(*b*) La del heredero ó legatorio para suceder:

Digitized by Google

(*c*) La validez y efectos del testamento:

(*d*) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite:

(*e*) La existencia y proporción de las legítimas:

(*f*) La existencia y monte de los bienes reservables:

(*g*) En suma, todo lo relativo á la sucesión legítima ó testamentaria.

Art 46. Las deudas que deban ser satisfechas en algunos de los Estados contratantes gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes, al tiempo de la muerte del causante.

Art. 47. Si dichos bienes no alcanzaren para la cancelación de las deudas mencionadas, los acreedores cobrarán sus saldos proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del preferente derecho de los acreedores locales.»

Basta lo copiado para poner de manifiesto las notables diferencias en varios puntos importantes entre la doctrina de Europa y la sud-americana aceptada por la mayoría del Congreso de Montevideo. Y para que se forme idea del estudio concienzudo de la comisión informante, vamos á copiar aquí algunos párrafos sobre los puntos á que nos hemos contraído.

Hablando de la capacidad dice la comisión: «Uno de los sistemas formulados hace regir la capacidad para casarse por la misma ley que rige la capacidad para contratar. Este sistema sostenido por la mayoría de los escritores, entre ellos Fælix, Demolombe, Bar, Zachariœ, Phillimore, Warton, Fiore, Esperson, Brocher, Freitas y otros ha sido también aceptado por los Códigos de Francia, Italia, Bélgica, España, Venezuela, Méjico, Brasil y algunos otros.»

«Sus razones están lejos de ser convincentes. El matrimonio afecta sin duda la persona; pero la afecta de una manera muy diversa que la generalidad de los contratos, así por su naturaleza, como por sus condiciones, efectos y duración. Hay además un grande interés público en estimular y propagar la institución matrimonial, y no es por tanto de extrañar que, con ese objeto, la capacidad de los contrayentes salga fuera de su ley general.»

«Otro sistema ha sido formulado por Savigny en favor de la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio; pero aparte de que su doctrina no ha sido adoptada por ningún otro jurisconsulto y no ha sido incorporada á un sólo Código, adolece del mismo defecto que la anterior de asimilar el matrimonio á los contratos ordinarios de la vida civil.»

«El último sistema es el que sujeta la capacidad de los contrayentes á la ley del lugar de su celebración. Esta solución apoyada por Meyer, Kent, Burge, Story, Halleck, Lawrence, Dudley Field, Bishop, Seymour, Sanford, Parson, Sehelford, Beauchet y Gallespie, ha sido adoptada por las legislaciones de Inglaterra, Estados Unidos, Chile, Paraguay, República Argentina y República oriental del Uruguay.»

«Aboga en favor de su admisión la conveniencia de facilitar la c... ción del matrimonio, sobre todo en pueblos escasos de población y favorec... por la inmigración europea. Siendo siempre cierto el lugar de la celebr... y único para ambos contrayentes, se llega á la uniformidad, que tanto a... las dificultades internacionales en materia de capacidad. Tratándose acto que requiere multitud de formalidades y condiciones y en que luntad de las partes predomina tanto para su realización, es oportuno el acuerdo de la ley y de la voluntad que concurren en el lugar celebración del matrimonio.»

Digitized by Google

«Repecto á las formas mismas del matrimonio, no existe cuestión alguna fundamental; pues la doctrina y la legislación están de pleno acuerdo en admitir que éllas deben ajustarse á la ley del lugar donde el acto se celebra, de suerte que, por esa misma ley, deben decidirse todas las contestaciones referentes á la existencia y validez del matrimonio.»

En cuanto á los bienes, léanse los siguientes párrafos del informe:

«Acerca de los bienes raíces la doctrina y la legislación han estado siempre de acuerdo para someterlos al imperio de la ley del lugar de la situación. Profesado este sistema por los autores de todos los tiempos ha sido adoptado por los Códigos de todos los países. La supremacía de la ley territorial en el régimen de los inmuebles parecía así un axioma consagrado por la triple autoridad de la tradición histórica, de la ciencia jurídica y del derecho positivo.»

«Fiore y Laurent, adeptos fervientes de la escuela que pretende personalizar toda ley, han llevado sin embargo su fanatismo doctrinario hasta sostener que los bienes raíces deben subordinarse á la ley nacional del propietario en todas aquellas relaciones de orden privado que no rocen directamente los intereses políticos, económicos ó sociales del país donde se hallan ubicados.»

«Hace cerca de un siglo que Portalis, invocando la soberanía del Estado, condensó en breves y elocuentes palabras el fundamento capital de la preeminencia de la ley territorial sobre los inmuebles. A pesar de su indisputable talento, Fiore ha sido desautorizado por el Código Civil de Italia, que sanciona el principio universal. Laurent, con toda su erudición y toda su autoridad no ha logrado imponerse á la Comisión Revisora del Código Civil Belga, que lo refuta victoriosamente.»

«Innovación tan gratuita como aventurada ha sucumbido, sin lucha y sin esfuerzo, bajo el peso de su propia enormidad, y apenas se concibe que haya sido formulada por inteligencias tan distinguidas; puesto que ataca el predominio de la soberanía local, carece de toda precisión científica y sólo ofrece un sistema incompleto de soluciones para las dificultades de que el régimen de los inmuebles quedaría plagado, si hubiera de prescindirse de su ley natural, que es la del lugar de su situación.»

«Por lo que hace á los bienes muebles, la doctrina y la legislación no han sido unánimes ni consistentes. Los viejos estatutarios los hacían depender de la ley personal del propietario y algunos tratadistas modernos repiten todavía su pintorezco adagio *mobilia ossibus inhærent.* Los Códigos antiguos adoptaron el mismo sistema, y los menos recientes lo conservan aún.»

«Los jurisconsultos alemanes Waechter y Savigny han sido los primeros en repudiar la distinción entre muebles é inmuebles, como incompatible con la verdadera naturaleza de las cosas é inconsecuente con el principio fundamental de la soberanía del Estado. La nueva doctrina de tan eminentes jurisconsultos ha sido prohijada en Europa por Bar, Marcadé, Demolombe, Fiore, Lamonaco, Phillimore, Watlake, Asser, Rivier, Laurent, los Revisadores del Código Belga y otros muchos. Wheaton, Bello, Sanojo, Chacón, [illegible]tas, Alcosta y Ramírez la siguen en América. El mismo Bard, acérrimo [illegible]idario de la doctrina opuesta, se ve forzado á declarar que si los muebles [illegible]n, en teoría, sometidos á la ley del domicilio, el principio es rara vez [illegible]cable de hecho, por razones de orden público, de modo que la regla [illegible]lta prácticamente la excepción, y que los muebles son casi siempre regi[illegible]por las leyes del país donde están materialmente situados.»

El considerable desenvolvimiento de la importancia de los bienes muebles [illegible]estros días ha llamado la atención de los legisladores acerca de su verda-

Digitized by Google

dera naturaleza, de su situación efectiva y de la ley que debe en consecuencia regirlos. Rechazando la tradicional distinción que los sometía á un régimen diferente del de los inmuebles, los Códigos de Baviera, Colombia, San Salvador, Chile, Paraguay y República Argentina sujetan los unos y los otros al imperio de la ley territorial. Aún el Código de Italia, monumento legislativo del predominio de la ley personal, después de imponerles la ley nacional del propietario, no ha podido abstenerse de dejar á salvo las disposiciones de la ley del país donde se encuentran, salvedad tachada por Asser como falta de rigor jurídico y que es más bien un homenaje justamente rendido al predominio inevitable de la ley local».

"La verdad, nada más que la verdad se necesita para demostrar la justicia de la asimilación de muebles é inmuebles, bajo el punto de vista de la ley aplicable á los unos y á los otros. Pretender que los muebles carezcan de situación es sustituir la ficción á la realidad; porque de hecho, los muebles tienen una situación efectiva en el lugar donde se encuentran. Que carezcan de situación fija, en el sentido de que pueden ser fácilmente trasladados, prueba por el contrario que tienen una situación real, sin la cual el cambio de lugar resultaría absolutamente inconcebible. Que no estén siempre adheridas al suelo nacional, no impide tampoco que estén dentro del territorio patrio y que deban en consecuencia regirse por sus leyes al mismo título que los inmuebles."

Suficientes nos parecen las inserciones precedentes para demostrar el desacuerdo que existe aún entre los jurisconsultos y escritores sobre puntos importantes de Derecho internacional privado, el estado de formación en que todavía se encuentra ese nuevo ramo de la ciencia, y que no por puro espíritu de americanismo, sino por razones sólidas y de gran peso, disienten los americanos de las opiniones de respetables escritores europeos. Si no nos engañan nuestros recuerdos, el Congreso Pan-Americano, reunido últimamente en Washington, recomendó las conclusiones del de Montevideo. Dignas de estudio y serias consideraciones son esas conclusiones, y los informes motivados que le sirvieron de fundamento.

A vista de ese estado del Derecho internacional privado, los magistrados y abogados deben procurar seguir con interés el movimiento progresivo de la ciencia y de la jurisprudencia de los tribunales, que ha de conducir al cabo, á conclusiones más definitivas, y hasta donde sea dado, á la uniformidad en los principios fundamentales de ese importante ramo del derecho. De desearse es que, por lo menos, se llegue á formular un Código americano que deje establecida la unidad de principios en toda la América.

Art. 12. Por ningún modo podrán los tribunales abstenerse de decidir, so pretexto de silencio ó deficiencia de la ley, ó de oscuridad ó ambigüedad de sus términos.

En el primer caso, suplirán el vacío tomando en consideración aquellas disposiciones de la misma ley ó de otras, sobre materias análogas, y la mente de la legislación de donde pudiera ded se lo que el legislador hubiera dispuesto si hubiera previsto caso, y en último extremo, siguiendo los dictados de la raz de la filosofía jurídica.

Y en el segundo caso, después de asegurarse de que existe mente la oscuridad ó ambigüedad de la disposición legal, aplicarán reglas de interpretación que existieren en la legislación de l-

Digitized by Google

pública, y á falta de ellas, las generalmente aceptadas por la ciencia, buscando siempre el verdadero espíritu de la disposición interpretada.

Art. 13. En la interpretación de los contratos y actos en que exista realmente oscuridad, ambigüedad ó deficiencia, los tribunales se atendrán al propósito y á la intención de las partes ú otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.

ESTUDIO 7º

El artículo 117 del Código de procedimiento anterior formulaba la disposición sobre los puntos del artículo 12 actual, en estos términos: "No es permitido á los tribunales abstenerse de decidir bajo pretexto de oscuridad ó insuficiencia de la ley, y las consultas que hagan sobre la inteligencia de alguna ley, en ningún caso suspenderán el curso y determinación del asunto debiendo en tal evento decidirse por fundamentos tomados del derecho natural ó de la razón."

Como se vé, la disposición, si precisa, lo mismo que la actual, en cuanto á no permitir á los jueces la abstención y obligarlos á decidir, era incompleta é incorrecta respecto de la regla que daba para allanar la dificultad, ordenándoles decidir en el caso de oscuridad como en en el de deficiencia, por fundamentos tomados del derecho natural ó de la razón.

Siempre han sido cosas distintas la oscuridad ó ambigüedad de una disposición legal y la insuficiencia, vacío, ó falta de previsión de un caso, en una ley. Lo primero entraña la existencia de la disposición: lo segundo supone la carencia de ella. Por lo mismo, la regla para tales dificultades por fuerza ha de ser distinta. El artículo que estudiamos establece el proceder del Juez en uno y otro caso. En el primero, oscuridad ó ambigüedad de la disposición, ocurrir á la interpretación siguiendo las reglas que existieren en nuestra misma legislación, y á su falta las reglas aceptadas generalmente por la ciencia, teniendo por mira desentrañar el verdadero espíritu de la disposición. En el segundo, vacío ó deficiencia, traer á consideración aquellos preceptos de la misma ley ú otros análogos, y aun la mente de nuestra legislación, teniendo por objetivo descubrir lo que hubiera dispuesto el legislador si hubiera previsto el caso.

Las obras humanas no pueden alcanzar la perfección absoluta, y los progresos de los pueblos van creando objetos, medios y relaciones nuevas y complexas imposibles de prever. Así es, que por esmerada y sabia que sea la legislación de un país, no faltarán nunca en élla disposiciones que no sean claras para todas las inteligencias, que no presenten dudas ó ambigüedades ó se presten á diversas interpretaciones al aplicarlas; porque tal es la condición humana: á la vez que el progreso mismo al cabo de algún tiempo, la deja atrasada y defectuosa. Ante semejantes contingencias, inherentes á las cosas humanas, el legislador hace lo que la sabiduría y la conveniencia pública aconsejan: obligar á los Jueces á decidir, porque la justicia no puede detenerse en su curso diario, sin producir graves trastornos en la marcha social, y abrir ancha puerta á los abusos con la paralización de los procesos; y á la vez guiar á los Jueces para allanar con acierto las dificultades.

Al estudiar los Jueces, la propia ley aplicable ú otras sobre materias análogas, y aun la mente de nuestra legislación, no pecarían y hasta sería provechoso consultar también las leyes extranjeras que se hayan ocupado en la materia que se trate, las cuales si resuelven casos semejantes ó parecidos de modo racional y equitativo aceptable en Venezuela, tienen en su favor la autoridad moral de una doctrina el haber sido elevada á ley ó haber merecido

Digitized by Google

la aprobación de los jurisconsultos de países adelantados en la ciencia del derecho.

Y como el artículo refiere á los Jueces á los principios de interpretación generalmente aceptados por la ciencia, pasemos á estudiarlos:

Mazzoni en sus *Iinstituciones de Derecho civil italiano*, cita las ideas de tres renombrados escritores modernos, *Puchta*, *del Kierulff* y del *Windscheid*, sobre la hermenéutica, con referencia á *Goundsmit*, de este modo. El primero dice: « De la reunión de las reglas concernientes á la crítica y á la interpretación « de los textos, se ha formado una doctrina aparte, la hermenéutica jurídica, « que no es de ordinario, sino una exposición muy superficial, seca, estéril que « no penetra en el fondo de las cosas. Para quien tiene sentido común toda « la ciencia del derecho debe ser la hermenéutica.» El segundo: « Las reglas « superficiales que se acostumbra reunir bajo el nombre de hermenéutica ju- « rídica, á nadie ponen en estado de obtener resultados positivos. Todo ju- « rista, y sobre todo el talento jurídico, debe haber hecho sus estudios; pero « la aplicación en concreto y el ejemplo son los que suministran una guía útil y « segura. Cuando la vocación jarídica, madurada por el estudio y por la « práctica, ha venido á ser una realidad, entonces no es ya la reflexión la que « la determina en el momento de producirse, y la regla abstracta queda sin « influencia sobre la acción que crea.» El tercero dice: « Es menos una cien- « cia que pueda ser enseñada, que un arte que debe aprenderse.»

Pero sea como fuere, si verdad es que en todo asunto el talento, la ilustración y la práctica son las que proporcionan el acierto, no por eso son inútiles, y menos para quien no reuna tales condiciones, las reglas que han de guiar en el estudio, en las reflexiones para llegar á una interpretación satisfactoria. La lógica no deja de ser importante y necesaria, sea cual fuere la materia á que se aplique, por más que quiera contarse con el talento de los hombres de ciencia, de cuya ilustración es un elemento indispensable La mayor parte de los que han redactado los Códigos modernos han omitido en ellos reglas de interpretación, y por sus conferencias y discusiones sabemos que no ha sido sino por la dificultad de hacer una obra completa, pero dejando á la ciencia la enseñanza de la buena doctrina en el particular. Por eso nos creemos obligados á exponer aquí esa doctrina, brevemente.

"Interpretar una ley, dice *Carré*, es esplicar su sentido de una manera más clara que las expresiones en que está concebida." Y *Mazzoni* en la obra citada dice que: "la interpretación de la ley, en su sentido más lato, consiste en aquella operación intelectual con que logramos conocer el significado para aplicarlo á los casos particulares; y agrega: "Bajo ese aspecto es siempre necesaria aun respecto de una ley clara; porque la claridad es cosa relativa, y la ley es una fórmula abstracta que debe traducirse para la aplicación á innumerables y variadísimos casos particulares».

Mas indudablemente la *ley clara debe ser aplicada tal cual es, sin alterar en nada el significado:* regla fundamental que no es lícito infringir ni con el pretexto de penetrar en el espíritu de la ley, alegando que ella en sí no es conforme á los principios generales de derecho ó á la equidad. *Ubinulla ambigüitas verborum, non est facienda voluntatis quæstio. Per quam durum est, sed lex ita scripta est.*

Propiamente la necesidad de la interpretación se hace sentir más por defecto de la ley; sea porque su compilación, su contexto, no presenta por sí solo un sentido claro y completo, por razón, ó del significado más ó menos go de los términos, ó de una composición más ó menos viciosa de la fr sea porque el contexto mismo, aunque presente un significado bien determin no exprese con exactitud el pensamiento del legislador.

La interpretación se divide en *legislativa* ó *auténtica*, y *doctrinal* ó *cie fica*. La primera toca al Poder Legislativo: *ejus est interpretare legem cuyus condere;* y tiene fuerza obligatoria. La segunda es obra de la doctrina á

Digitized by Google

ciencia, ora consagrada por los tribunales en sus fallos, ora por los jnrisconsultos en sus discursos ó escritos, y no tiene sino autoridad moral.

La interpretación legislativa se hace por medio de una ley, que sólo está aconsejada por la prudencia cuando por aplicación de una disposición legal, se han dado decisiones tan contradictorias que es de temer surja una larga serie de litigios. Ejemplo: la ley de 1883 sobre ejecución de contratos celebrados por el Poder Ejecutivo. Ejemplo: la ley sobre empleos que pueden aceptar los miembros de las Cámaras, sin perder sus puestos. Ambas fueron dadas como interpretativas; pero la primera fue declarada por la Alta Corte, en colisión con la Constitución.

La ley interpretativa debe ser aplicada á lo pasado en el sentido que ella explica; porque en verdad no conslituye una ley nueva sino que se compenetra con la interpretada fijando el verdadero sentido de ésta. Pero las sentencias libradas en última instancia, las decisiones arbitrales pasadas en autoridad de cosa juzgada, y las transacciones que han tenido lugar bajo el influjo de la ley antes de ser interpretada auténticamente, permanecen inalterables, porque las partes han adquirido por tales actos, derechos de que no podría privárseles sin injusticia.

Según que el medio de interpretación *doctrinal* es gramatical ó lógico, se distingue aquélla en *gramatical ó lógica;* aunque no por eso pueden andar en desacuerdo sino buscando la primera el apoyo de la segunda, para que nunca el espíritu de la ley quede sacrificado á la letra.

La interpretación *gramatical* determina el sentido de la ley con el auxilio del uso de la lengua ó de los preceptos de la sintáxis. La regla en tal caso, es *tomar las palabras en su significado propio según el uso común, á menos que haya consideraciones suficientes que exijan darles un sentido particular. Pero si los términos de la ley tienen un significado técnico, según definición dada por el legislador ó la tradición, aquel significado debe ser preferido al vulgar.*

La interpretación *lógica* descubre y determina la intención del legislador por el nexo lógico de la idea contenida en la ley y la razón de la misma ley, *Scire leges non est verba carum tenere sed vim at potestatem.*

A la interpretación *lógica* se refiere la *histórica* que busca entender ó aclarar el derecho actual por el anterior, del cual ha sido principalmente derivado. Importa en este caso guardarse cuidadosamente de caer en uno de estos dos extremos: ó aplicar sin reserva ni discreción en nuestro derecho, la doctrina ó las decisiones de los escritores ó de los magistrados de los tiempos pasados ó de otros países, porque no todas las disposiciones que les sirven de base ó fundamento han sido acogidas en nuestra legislación, y muchas lo han sido con modificaciones más ó menos sustanciales; ó desechar la idea antigua sólo por seguir la moderna, la extranjera sólo por extranjera, introduciendo en los textos un espíritu qué les sea extraño ó que turbe la armonía.

La interpretación *lógica* es ó *declarativa*, ó *extensiva* ó *restrictiva*. La primera tiene lugar cuando las palabras de la ley no expresan claramente la intención del legislador: la segunda cuando las palabras expresan menos de la intención misma; y la tercera cuando las pálabras comprenden más de ella intención.

La interpretación lógica puede hacerse por uno de estos tres medios;

a.—Estudiando la ley en sí misma y comparando sus diversas disposiciones unas con otras, ó comparándolas con otras leyes sobre la misma materia ú otras análogas. *Incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula proposita, judicare vel respondere.*

b.—Inquiriendo el motivo de la ley *(ratio legis)*, el propósito y aun las circunstancias externas que dieron ocasión á la ley *(ocassio legis)* bien sea

Digitized by Google

especial el motivo, consistente en la relación puramente lógica entre el principio y la consecuencia, bien sea general, consistente en el caracter del derecho moderno cuyo espíritu es moderar con las reglas de justicia sugeridas por la razón natural, el severo rigor de la ley; y en cuanto á la ocasión, para conocer si la ley ha tenido por objeto prevenir ó destruir abusos que existían.

c.–Comparando y valorando las consecuencias ó resultados y los inconvenientes que produzcan las diversas interpretaciones que pudieran darse en el caso, para seguir la máxima de que *debe adoptarse con preferencia el sentido que dé á la ley el efecto más conforme á los principios de la razón y la justicia, ó que mejor corresponda á las necesidades de la práctica.*

El fundamento de la interpretación *extensiva* es este principio. *Ubi eadem est ratio legis, eadem est ejus dispssitio.* Y para aplicarlo es menester averiguar si hay fundamento para pensar que el legislador ha tenido en mira disponer respecto de un caso que él no ha expresado, lo mismo que respecto de aquel sobre el cual ha estatuido formalmente.

Ejemplo, el artículo 1265 del Código civil, anterior que aunque hablaba de *convención*, se entendía de toda declaratoria.

Para ello deben tenerse presente las siguientes reglas:

a.–Ha lugar á la interpretación extensiva cuando las disposiciones de la ley quedarían ilusorias y no producirían ningún efecto si no se las extendiese más allá de lo que expresa el sentido liberal de sus términos.

b.–Toda ley debe extenderse á lo que es esencial al objeto que ella tiene en mira y á todo lo que es consecuencia necesaria de sus disposiciones.

c.–En las cosas correlativas se puede extender la disposición de la ley favorable, y decidir que el legislador no ha hablado expresamente de una, sino por vía de ejemplo.

d.–Lo que el derecho considera como de una misma naturaleza debe decidirse por los mismos principios, y se puede entonces extender la ley de un caso á otro.

Al aplicar esas reglas no se puede tratar de suplir arbitrariamente la ley, sino de convencerse de que su disposición debe comprender también aquellos casos que, aunque no expresados en sus términos, no están menos encerrados realmente en ellos, conforme á su espíritu y á la intención del legislador.

El fundamento de la interpretación *restrictiva* viene de este principio: *Cessante ratione legis cessat ejus dispositio;* principio que ha de contemperarse con este otro: *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.* De la combinación de esos dos principios resulta que la interpretación *restrictiva* sólo está autorizada cuando la generalidad de los términos de la ley, sin limitación ni distinción alguna, es tal, que si se toman aquellos en toda su extención, sobrepasan evidentemente el alcance de la ley, y se hallan en contradicción manifiesta con la razón de la misma ley. La limitación, la distinción se imponen entonces en fuerza del espíritu de la disposición y de las miras del legislador.

Ejemplo, el artículo 18 de la ley de Casación anterior cuya primera que declara perecido el derecho, vencidos los lapsos, ha de entenderse re tivamente en caso de falta de anuncio y formalización.

Expresábase con la tan conocida máxima: *Odiosa restringenda, ,. bilia amplianda*, que las leyes favorables debían ser interpretadas siguien significación más extensa que pudiera dárseles; y que por el contra odiosas debían ser entendidas en su más estrecha significación.

Digitized by Google

En verdad, no existen leyes odiosas; porque la ley no tiene por objeto sino el bien común, y todo lo que tienda á procurarlo debe conciliarse el respeto y la afección. Pero es indudable que existen leyes que para el bien común ponen límites á la libertad natural del individuo, prescriben formalidades embarazosas ó imponen penas á su infracción, y bien pueden por eso llamarse *rigurosas*. Así como hay otras que tienden á protejer la libertad y facilitar su uso, que acuerdan gracias, facultades, derechos ó cualesquiera ventajas, y que por lo mismo se las llama *favorables*.

Mas no sería racional que por el solo hecho de ser favorable ó rigurosa una ley, sin otra consideración, debiera ampliarse ó restringirse. Preciso, esencial, es que exista duda legítima, fundada, acerca del sentido lato ó estrecho que deba atribuírsele, para poder entrar á interpretarla extendiéndola ó restringiéndola. Si el sentido de la ley no puede desconocerse, y los términos en que está concebida, los propósitos y motivos que la han dictado, las circunstancias en que se ha dado, la hacen conocer suficientemente, es forzoso interpretarla por sí misma, independientemente de que sea favorable ó rigurosa. Y si el texto preciso de la ley manda con vigor, el magistrado no puede sustituir su opinión al espíritu de esa ley. *Dura lex sed lex*. Ejemplo, algunas disposiciones de la ley sobre estampillas de escuela.

Para la interpretación restrictiva de leyes rigurosas deben tenerse presentes ciertas reglas, particularmente aplicables á las leyes de procedimiento, que en su mayor parte son rigurosas:

a.–En toda disposición penal se debe admitir la interpretación más benigna.

b.–Solo para sacar consecuencia de lo menos á lo mas, en el mismo género, se puede extender una ley rigurosa mas allá del caso que expresa: por ejemplo, la ley que se limita á privar á uno de la administración de sus bienes debe entenderse que le priva de la facultad de enajenarlos: por ejemplo, el artículo 18 de la ley de casación anterior que daba á la Corte la facultad de acordar nuevo término para formalizar en caso de fuerza mayor, debía entenderse que la facultaba para dar por hecha la formalización oportunamente, si se había verificado en un lapso que prudencialmente no apareciera mayor del que hubiera podido concederse.

c.–En lo concerniente á las facultades necesarias para la validez de los actos, judiciales ó extrajudiciales, no puede exigirse rigurosamente lo que no está formal y rigurosamente prescrito: ejemplo, que al que manifiesta no poder firmar por impedimento físico, se le exija que exprese la naturaleza de la causa ó dolencia que motiva el impedimento.

d.–Lo que es contrario al derecho común no debe ser sacado á consecuencia para casos que no están formalmente expresados: ejemplo, la omisión de la litis-contestación (que es contraria al derecho común) en el caso de petición de ejecutoria de sentencia extranjera, no puede sostenerse como consecuencia de que la ley se limite á decir que se cite á los interesados para la décima audiencia y se le oiga en informes verbales.

CARRÉ coloca entre estas reglas la de que en la incertidumbre, la interpretación se dé en favor del demandado. Para nosotros esta regla no puede aplicarse cuando se trata de la interpretación de la ley, sino de la apreciación del mérito del expediente, de los hechos y circunstancias discutidos en la causa. La interpretación de la ley no puede ser sino una, propia, correcta, y de ningún modo sujeta á variar según haya de favorecer al demandante ó al demandado.—La ley no puede dejar de ser una regla única, justa, para todos. Si dada en un caso cierta inteligencia para favore-

Digitized by Google

cer al demandado, se invocase después en otro caso en favor del demandante ¿habría de dársele entonces una inteligencia contraria ó distinta? No podría ser, ni á la luz de la ciencia, ni á la luz de la razón.

Para concluir advertiremos que si bien, en general, el Código de Procedimiento Civil no puede considerarse como derogatorio de disposiciones del Código Civil, pues que solo tiene por objeto establecer el modo de su ejecución, hay con todo en aquél disposiciones cuyo fin ha sido ó se presume ser, el de precisar el verdadero sentido de otras del Civil. Así, cuando algún artículo del Código de procedimiento no se refiera á la instrucción de los negocios ó á la manera de proceder ante los tribunales, sino que consagre algún principio de Derecho civil, ó bien cuando el Código Civil contenga alguna disposición que es más de detalle ó de forma, de que también se ocupe el de Procedimiento, las disposiciones de éste han de tenerse como interpretativas ó explicativas del Civil.

Hemos expuesto las reglas y doctrinas principales que en materia de interpretación enseñan los maestros. Ellas ayudarán, sin duda, á resolver las dificultades que presenten los textos del mismo Código de procedimiento.

Como en el tratado de la *Vista y Sentencia de la causa* indicamos las principales reglas que dan los maestros sobre interpretacion de actos y contratos, nos parece mejor dejar para entonces el estudio del artículo 13, para tener allí completa la materia de la prueba instrumental.

Art. 14. En materia civil el Juez no puede proceder sino á instancia de parte, salvo el caso en que la ley lo autorice para obrar de oficio.

En los asuntos no contenciosos, en que se pida alguna resolución, los Jueces obrarán con conocimiento de causa, á cuyo efecto podrán exigir que se amplíe la prueba sobre los puntos en que la encontraren deficiente, y aun exigir otros recaudos conducentes posibles que juzgaren indispensables; todo sin necesidad de las ritualidades del juicio. La resolución que dictaren dejará siempre á salvo los derechos de tercero.

ESTUDIO 8º

El artículo establece los dos principios generalmente conocidos acerca del oficio del Juez en lo civil: si es contencioso el asunto, no puede proceder sino á instancia de parte, salvo que la ley lo autorice para obrar de oficio: si es no contencioso, obra con conocimiento de causa, con pruebas, pero sin las ritualidades de juicio.

El segundo de estos principios tiene su natural desarrollo en las distintas materias que comprende lo no contencioso, y que son objeto de la segunda parte de los procedimientos especiales del Libro 3º de este Código. En ellos se nota que el oficio del Juez se limita á interponer su autoridad y judicial decreto para revestir de solemnidad la voluntad de los interesados, ó dar ciertas autorizaciones para actos que se proponen ejecutar, ó hacer ciertas declaraciones, en que han de dejar siempre á salvo los derechos de tercero. Sus decisiones no revisten propiamente el carácter de fallos, y por lo mismo, en general, no producen cosa juzgada.

El primer principio, referente á lo contencioso, requiere tan extenso examen, que algunos escritores han dedicado á la materia un volúmen entero,

Digitized by Google

recorriendo los diversos estados por los cuales pasa el juicio en su curso, para señalar las excepciones á la regla general. Daremos algunas ideas también generales, sobre tan importante materia.

El oficio del Juez, según los antiguos términos del Foro, es mercenario en lo civil, y noble en lo criminal, ó según el lenguaje francés, *requisitorial* en lo civil, é *inquisitorial* en lo criminal: principio por el cual se proclama que el Juez en materia civil no debe tener iniciativa, y no debe proceder expontáneamente, sino á solicitud de parte; mientras que en lo criminal tiene poder más extenso, y debe, de oficio, por su propia misión, proceder á los actos de instrucción y buscar por sí mismo los elementos de prueba que deban esclarecer el debate, cuando lo juzgue indispensable. Así la justicia civil es en el fondo, empleando la terminología alemana, *formal* para estatuir sobre los hechos, tales como son alegados y probados por las partes; y la criminal *real* ó *material* para estatuir sobre los hechos tales como existen realmente. (*Krug Basse.*—Oficio del Juez).

Esa diferencia resulta de la naturaleza distinta de los intereses sobre que el Juez está llamado á juzgar en uno y otro caso. En lo civil el debate no versa en general, sino sobre intereses puramente privados, que no tienen influencia directa sobre el orden público y la estabilidad social, y sobre los cuales intereses cada cual es dueño de usar de sus derechos como lo crea conveniente, hacerlos valer ó renunciarlos, transigir con quien se los disputa ó abandonarlos sin defensa. En lo criminal el objeto es proteger la sociedad, interesada en que los crímenes, los delitos y aun las contravenciones no queden impunes.

En lo civil es, pues, de la sola incumbencia de las partes, ocurrir al Juez y presentar y fijar la materia del litigio, sin que el magistrado pueda ingerirse expontáneamente ni extender ó limitar el terreno sobre el cual han querido plantear las partes su pleito.

Y no es sólo sobre la iniciación de los negocios y planteamiento de la cuestión, que aquella diferencia entre lo civil y lo criminal ejerce su influencia, sí que también en la parte más ó menos activa del Juez en la instrucción toda del negocio. En lo civil, es á las partes á quienes incumbe principalmente alegar sus excepciones y defensas, y la carga de reunir los documentos y pruebas conducentes á ilustrar al Juez; al paso que en lo criminal, éste tiene una misión menos pasiva, no siendo la instrucción obra exclusiva de la acusación y de la defensa, pues que la ley confía al magistrado buscar elementos de prueba que deban esclarecer los debates, cuando así aparezca necesario, como que importa al orden público que la culpabilidad ó la inocencia del procesado queden claramente establecidas.

Mas, aunque solo entra en nuestro propósito ocuparnos en la materia civil, debemos siquiera indicar aquí, que en el espíritu moderno se desarrolla una tendencia marcada á preferir el sistema *requisitorial* para la misma materia criminal, como más cónsono con las instituciones de un pueblo libre, siguiendo el ejemplo de Inglaterra, donde los procedimientos criminales, en general, no se introducen sino á requisición de una parte querellante: donde el magistrado, una vez puesta en movimiento la acción criminal, conserva sin embargo un papel enteramente pasivo; y donde, no el Juez, sino la parte que persigue, es quien interroga al acusado que comparece ante el Jury.

A juicio de entendidos escritores, el poder del Juez, limitado como hemos dicho en la materia civil, es el que responde á las necesidades de nuestra sociedad actual. *Optima lex quæ minime judici, optimus judex qui minime sibi relinquit.* (BACON de off. jud.)

No obstante, preciso es no olvidar que los principios á que nos vamos refiriendo no son absolutos, y que no siempre el Juez permanece en los asuntos civiles expectador pasivo de la lucha entre los litigantes: casos nume-

Digitized by Google

rosos hay en que, sin esperar la requisición de parte, puede tomar la iniciativa de ciertas medidas y obrar de oficio: sea para ordenar algún medio de instrucción, una inspección ocular, una experticia, un interrogatorio á las partes para mejor proveer etc.: sea para impedir la consumación de algo contra el orden público, una transacción para un divorcio de común acuerdo entre los cónyuges por ejemplo; ó sea para suplir, en cierto límite, la defensa imperfecta de las partes. Así, en cuanto al punto de hecho, él habrá de limitarse á resolver *secundum allegata et probata;* y en cuanto al punto de derecho, como su deber es aplicar la ley, podrá suplir consideraciones legales que las partes hayan omitido hacer valer. Debe el Juez, de oficio, manifestar su incompetencia *ratione materiæ* y toda causa legal de inhibición que en él concurra: puede manifestar su incompetencia *ratione personæ;* y es cuestión controvertida si puede de oficio promover la litis-pendencia ó la conexidad, habiendo opiniones en pro y en contra, y sentencias en uno y otro sentido de las Cortes francesas. Pero no puede de oficio promover ó suplir las otras excepciones dilatorias, ni la de cosa juzgada, ni la de prescripción, ni algunas otras; aunque no le es dado, sin embargo, dejar cursar demanda de mujer casada que no tenga la correspondiente autorización, según los autores. Puede de oficio mandar evacuar ciertas pruebas, conforme á la ley, y tiene cierto poder discrecional en la evacuación, de que debe usar con mucha reserva y circunspección; pero en general, debe tener como norte que en todo lo que atañe al interés privado de las partes, le está vedada la iniciativa, y sólo le es permitido ingerirse de oficio en puntos en que el orden público, el orden social, esté principalmente interesado. Y como el límite entre tales intereses no es siempre fácil de determinar, es el estudio meditado de las circunstancias del caso, de la ley aplicable, y la doctrina de la ciencia la mejor guía que puede seguirse en la práctica, sobre punto tan delicado.

El mismo deber de estricta imparcialidad á que está obligado el tribunal para con las partes, le impide agenciar por cualquiera de ellas el curso del asunto, activando el despacho, supliendo papel sellado, pagando derechos curiales, ó dando cualesquiera otros pasos que son exclusivamente del interesado. Así se practica en todas partes, de suerte que cuando se libran rogatorias para diligencias judiciales en otros países, es preciso acreditar algún procurador ó agente que active y pague cuanto es necesario para el despacho.

El autor arriba citado, *Krug-Basse*, ha escrito una obra especial sobre el oficio del Juez, que contiene interesantes explicaciones y enseñanzas de la jurisprudencia sobre la materia, y que conviene consultar.

Art. 15. Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán escudriñar en los límites de su oficio, con toda imparcialidad, prescindiendo en sus decisiones de las sutilezas y de los puntos de mera forma.

Art. 16. Los jueces procurarán la estadilidad de los juicios, evitando y corrigiendo en la sustanciación los vicios esenciales que puedan anularlos. Al efecto, podrán reponer la causa al estado en qne se cometió la infracción, cuando no pudiere subsanarse la falta de otro modo.

Art. 17. Los jueces procurarán evitar la multiplicidad de los juicios y el riesgo de que se libren sentencias contrarias ó contradictorias en un mismo asunto, y sobre asuntos en que haya entre sí continencia ó conexión, acordando al efecto la acumulación procedente.

Digitized by Google

ESTUDIO 9º

Decía el Derecho romano—«Siempre ha de haber lugar á que se pruebe la verdad de los hechos»—*Semper veritati locus reliquendas*—D lib. 22 tít. III *de probat.*

«Conviene en todo que la razón de la justicia y la equidad prefiera á la razón del estricto derecho»—*Placuit in omnibus rebus præcipuan esse justitiæ æquitatisque quàm stricti juris rationem.—L. 8 Cod. de judicis.*

El Derecho español establecía, á su vez, en la L. 3, tít. 22, part. 3ª: «Cierto é derechurero, según mandan las leyes de nuestro Libro, acatada, é escudriñada é sabida la verdad del fecho, debe ser dado todo juyzio, y en la 2, tít. 16, lib. II, Nov. Recop. . . Por ende establecemos, así en los pleytos civiles como criminales, así en primera instancia como en segunda ó tercera, que si la demanda ó acusación pareciere asentada en el proceso, aunque no sea dada por la parte en escrito, ó faltare en la demanda el pedimento, ó alguna de las cosas que en la demanda deben de ser puestas según las sutilezas del derecho, ó que no se haya hecho juramento de calumnia, estando pedido por la parte una vez solamente, ó que la sentencia no fué leída por el Alcalde, ó que desfallecen las otras solemnidades y sustancias de la orden de los juyzios que los derechos mandan, ó alguna de ellas; conteniéndose todavía en la demanda la cosa que el demandador entendió demandar . . . seyendo hallada y probada la verdad del fecho por el proceso, en cualquier de las instancias que se viere, que se pueda dar cierta sentencia, que los jueces que conozcan de los pleytos y los hubieren de librar, los determinen y juzguen según la verdad que hallaren probada en los tales pleytos, y las sentencias que en ellos dieren por las razones dichas, no dejen de ser valederas.»

El artículo 15 que estudiamos era el mismo 159 del Código anterior.

El contiene tres preceptos para los Jueces.

El primero, que tengan la verdad como norte en todos sus actos, esto es, que ella debe ser su objetivo, su punto de mira, su guía en todo, ya en la sustanciación, ya en el debate probatorio, ya en lo que hayan de disponer y ejecutar.

Es el segundo que, consiguientemente procuren escudriñar la verdad, es decir, desentrañarla de los datos contradictorios, oscuros ó deficientes que hayan traído las partes en apoyo de sus pretensiones, y descubrirla por los medios que le son permitidos según los mismos principios legales.

Y el tercero, que para respetarla y atenerse á ella, prescindan en sus decisiones de las sutilezas y de los puntos de mera forma, esto es, que para fallar conforme á la verdad, no deben servirle de obstáculo ni las sutilezas ó sofismas ó argumentaciones que tienen más de sutil que de sólido, ni las exigencias de mera forma que no son de esencia, de sustancia, sino ritualidades, mas de orden, que de necesidad imprescindible.

.ro cuál es la verdad á que se refiere el legislador? La verdad, cier -ute, no puede ser sino una; pero á las veces lo que resulta de las actas proceso como verdad, la verdad jurídica, no es la que el conocimiento ·ado, la conciencia íntima del Juez, le presenta como verdad real, como lad verdadera, digámoslo así. Y es precisamente para evitar ese conflicto, ı impedir que la mentira tome en el proceso el lugar de la verdad, que egislador dá aquellos preceptos á los Jueces: tener la verdad real como - procurar descubrirla y ponerla en claro, y decidir conforme á ella.

Digitized by Google

No se crea, sin embargo, que el legislador haya querido llegar en esas disposiciones hasta el extremo de facultar á los Jueces para decidir conforme á su criterio particular, á su conocimiento meramente privado, desentendiéndose de lo que conste del proceso. Si el mérito de este presenta como verdad bien comprobada un hecho que según la conciencia privada del Juez no es cierto, él está obligado á atenerse á aquel mérito, á aquella verdad procesal, sin que por ello falte á su deber; porque su misión no es privada, no es para declarar lo que él particularmente crea, sino pública, para declarar como Juez lo que resulte del proceso. El no dice: esta es la verdad real según mi criterio individual: dice, esta es la verdad procesal *juxta allegata et probata*, según mi criterio de Juez. Lo contrario sería proclamar la arbitrariedad, haciendo inútiles los esfuerzos de las partes en el debate judicial y las precauciones y propósitos mismos de la ley.

Ni se crea tampoco que el legislador faculta al Juez para ordenar cuanto se le antoje con el fin de buscar lo que sea para él la verdad. No: los Jueces deben ser imparciales: su oficio es requisitorial en materia civil; y favorecerían á una parte con daño de la otra si pudieran suplir á su arbitrio el descuido ó la impericia de alguna de éllas en puntos de hecho.

¿Y cuáles son entonces los medios que tienen de escudriñar la verdad para que les sirva de norte? Fuera de la facultad general que les compete para hacer que todos los actos sean claros y correctos, la ley les dá recursos diversos para aquel propósito. Pueden y deben declarar inadmisibles aquellas pruebas que el Código Civil prohibe en determinados casos: pueden y deben desechar las que aparezcan manifiestamente impertinentes ó que no sean medios admitidos por la ley: pueden ordenar de oficio experticias ó inspecciones oculares: pueden al declarar los testigos, hacerles las preguntas que crean convenientes para ilustrar su juicio: pueden en las posiciones desechar las capciosas, explicar á la parte las que no comprenda bien, y recordar á la absolvente el deber de contestar con la claridad necesaria: pueden abrir á pruebas las articulaciones en que se aleguen hechos, ó que no sean puntos de mero derecho: pueden impedir toda extralimitación de las partes, y mantener á cada cual en la efectividad de su derecho para su mejor defensa; y pueden, después de la relación de la causa para sentencia, dictar *autos de mejor proveer*, llamados así por las palabras con que empiezan, y por su objeto, que es aclarar algún punto dudoso ú obscuro para fallar con mayor acierto.

Esta última facultad es consecuencia forzosa de los mismos principios establecidos en el artículo á que nos referimos; pues, si en ellos se impone al Juez el deber de descubrir la verdad, de atenerse siempre á élla, y de fallar conforme á élla por fuerza ha de serle permitido, precisamente cuando la vista de los autos le han señalado oscuridades ó deficiencias que exigen esclarecimiento, practicar aquellas diligencias que conduzcan á ese fin. *Reus* en sus comentarios á la Ley de enjuiciamiento civil española, hace derivar la facultad á que nos referimos, de la misión misma de los tribunales, pues siendo esta administrar pronta y recta justicia, concurren á ese objeto las diligencias mandadas practicar para fallar con mejor acierto, que son los autos para *mejor proveer*.

Nuestra ley ha dejado á la práctica, á veces varia y hasta abusiva, el fijar la extensión de esa facultad, desde que no la circunscribió. Verdad es que los mismos principios la limitan; y acaso temiese el legislador incurrir en la nota de reglamentario, al no imitar la Ley de enjuiciamiento [illegible] pañola, cuyo artículo 340 consagra estas disposiciones:

"Después de la vista ó de la citación para sentencia, y antes de p[illegible] ciar su fallo, podrán los Jueces y tribunales acordar para mejor prove[illegible]

a.-Que se traiga á la vista cualquier documento que crean conve[illegible] para esclarecer el derecho de los litigantes.

b.-Exigir confesión judicial á cualquiera de los litigantes sob[illegible]

Digitized by Google

que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados.

c.–Que se practique cualquier reconocimiento ó avalúo que reputen necesario, ó que se amplíen los que ya se hubiesen hecho.

d.–Traer á la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito.

Contra esta clase de providencias no se admitirá recurso alguno, y las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el tribunal les conceda."

En sustancia, esa disposición española eleva á precepto legal la buena doctrina y la sana práctica que venían de atrás, apoyadas en los principios romanos y la legislación alfonsina, que nosotros mismos venimos siguiendo, salvo aquella facultad del Juez de poder excluir de intervención en la ejecución de lo acordado, á las partes, que no es aceptable entre nosotros, con algunas explicaciones más que creemos necesarias para evitar errores.

Los principios sobre la prueba que regían y rigen entre nosotros, explican las facultades del Juez en cuanto á los autos de *mejor proveer*, y sus verdaderos límites. El Juez debe atenerse á lo alegado y probado por las partes. Y de aquí se deduce que no le es lícito buscar cosas extrañas é inconducentes. *Bellime*, citado por *Caravantes* dice, «que la ciencia personal del Juez sola es insuficiente, ó no puede utilizarse en el pleito de que conoce, cuando sabe los hechos fuera de sus funciones." Por lo cual los documentos que ordene traer á la vista han de estar citados ó indicados por alguna de las partes ó en los recaudos que éllas hayan proporcionado. No les sería dado exigirlos á su antojo: la base de su mandato debe estar en los autos. Lo mismo y por idéntica razón ha de decirse de los autos ó expedientes que manden traer á la vista, pues deben tener relación con lo que se litiga, bien como antecedentes, bien como accesorios, ó de otro modo que pueda dar alguna luz. Y por lo mismo, los interrogatorios que mande hacer á las partes ó á cualquiera de éllas deben versar sobre hechos ó puntos que tengan influencia en el asunto y no aparezcan probados ó estén dudosos ú obscuros.

En cuanto á reconocimientos oculares ó á experticias, desde que nuestra ley dá al Juez la facultad de ordenarlas de oficio, sin encerrarlas en el término de promoción, y la práctica lo tenía así consagrado, no puede haber duda acerca de la facultad de acordarlas por auto de mejor proveer, no siendo extraños al asunto.

Pero mandar un Juez, para *mejor proveer* que comparezcan de nuevo testigos para ser interrogados ó repreguntados por segunda vez, aunque sea por el Juez mismo, cuando la ley prohibe otros interrogatorios fuera de los producidos por las partes, y rodea el examen de los testigos de precauciones y formalidades que cree necesarias en una prueba tan peligrosa, sería un abuso, una extralimitación de facultades; y con tales nuevas diligencias expondría las pruebas ya hechas á quedar anuladas ó desvirtuadas, ó á oscurecer mas el asunto y aun tergiversar la verdad ya declarada, con daño de la parte y de la misma buena administración de justicia. Tal facultad facilitaría á los Jueces poco escrupulosos el medio de hacerse auxiliares de una parte, y hasta agentes de la arbitrariedad. «Es cierto, dice el mismo *Caravantes*, que la práctica había traspasado en el ejercicio de esta facultad los límites contenidos dentro del principio que manda al Juez á atenerse á lo resulta de las actas, autorizándolo para decretar por medio de autos . *mejor proveer*, declaraciones de testigos no presentados por las par- y sin sujeción á los interrogatorios de las mismas. Por medio de tales s practicaba, pues, el Juez por sí absolutamente una diligencia de prue- y de las más expuestas y peligrosas; á diferencia del caso en que da, por ejemplo, traer un documento á la vista, pues aquí hay ya un o verificado por las partes ó por un derecho-habiente, existe por lo un acto que no ha producido el Juez, aun cuando se aprovecha de

Digitized by Google

los datos que arroja para la decisión del litigio. Además los autos para *mejor proveer* sobre declaraciones de testigos no se fundaban en disposiciones legales . . . . »

Réstanos decir que los autos á que nos referimos pueden dictarse en toda instancia y en toda clase de juicio ó incidencia, por su fin mismo: son inapelables, porque con buscar más luz, no se causa agravio á ninguna de las partes; y su resultado tiene la fuerza de toda diligencia probatoria practicada en el juicio con la intervención de las partes, pues de otro modo no tendrían objeto. Son exclusivamente potestativos del Juez; y por lo mismo éste puede desatender ó desechar cualquiera indicación ó solicitud de parte en el sentido de que dicte auto de esa especie, sin que por ello haya agravio ni denegación de justicia.

Pasando ahora al artículo 16, es el mismo 158 del Código anterior, con la agregación de la parte final que dá expresamente al Juez, la facultad de reponer la causa al estado en que se cometió la infracción, cuando no pudiere subsanarse la falta de otro modo.

Encarga el legislador á los Jueces procurar la estabilidad de los juicios, evitando y corrigiendo en la sustanciación los vicios esenciales que puedan anularlos, y los faculta para ello, hasta llegar á la reposición. Que deban evitar todo vicio, máxime si este puede anular el juicio, es natural. Su misión misma, y las facultades y deberes que tienen por las leyes, se lo imponen. A éllos les está encomendado el cumplir y hacer cumplir las reglas de procedimiento, que son garantía de los derechos: ser guardianes de la libertad de la defensa de las partes: evitar dilaciones indebidas: la mas completa imparcialidad en su proceder; y escudriñar la verdad, que ha de ser el norte de la justicia. Según esto, no deben permitir que se omita nada de lo que es sustancial, y antes bien cuidar de que la marcha del proceso sea en todo ajustada á las prescripciones legales. Pero como es fácil que se escapen omisiones involuntarias, ó que se cometan equivocaciones por precipitación, por error ó por cualquiera otra causa, quiere el legislador que el Juez mismo corrija cualquiera falta sustancial, que pueda acarrear el gravísimo daño de anular el juicio, haciendo perder á los interesados tiempo y dinero, con desprestigio del Poder judicial. No se alcanzaría de otro modo el fin primordial de administrar pronta y cumplida justicia.

¿Y cuáles son esas faltas sustanciales que puedan anular el juicio? ¿Cuáles las nó sustanciales que no necesiten corrección? A reserva de explicarlo detenidamente al ocuparnos de las facultades dadas á los Tribunales de alzada de reponer las causas cuando observen faltas en Segunda y Tercera Instancia, nos limitaremos á decir aquí que en general, la omisión de emplazamiento para el juicio, de algunas otras citaciones, y todo acto ó resolución que impida ó cercene ilegalmente el derecho de defensa, es falta sustancial y puede anular el juicio. Pero ha de tenerse presente que á veces, faltas de esa naturaleza quedan cubiertas con la aquiescencia y aun la presencia de la parte.

¿Y cómo podrán obrar los Jueces para llenar el deber que el artículo les impone? En todo lo que es orden público, no es dudoso que pueden y deben hacerlo de oficio, porque ni el consentimiento mismo de las partes puede alterar ni modificar lo que interesa al orden público ó á las buenas tumbres. Pero en lo que no es de esa índole, aunque sí sustancial d oir á las partes, que bien pudieran cubrir voluntariamente la falta, co ferible al medio de su corrección.

En cuanto á ese medio, la ley misma dice á los Jueces, que sólo ... den la reposición de la causa cuando la falta no pudiere subsanarse d modo. Si puede, pues, hacerse la corrección, sin llegar al extremo de posición, deben ordenarlo así. Por ejemplo: se nota que unos perito

Digitized by Google

dieron á llenar su encargo sin prestar juramento, pero que en todo lo demás lo ejecutaron correctamente: bastaría que se les citase de nuevo y que previo juramento dijesen haber obrado en el fiel cumplimiento de su deber y conforme á su conciencia. Pero si por muerte, ausencia ú otra causa no pudiere hacerse así, habría que anular el acto y mandarlo practicar nuevamente. Otro ejemplo: si un Juez comisionado para evacuar una prueba cercenase en dos días las audiencias, por error de cálculo, bien podría corregirse la falta ordenando que se completase el término para acabar de evacuar la prueba. Mas si hubiere necesidad de reponer la causa para subsanar la falta, por no ser posible de otro modo, á ello debe llegar el Juez, verbi-gracia, si promovida cuestión de competencia entre Jueces, continuare el uno actuando, admitiendo y evacuando pruebas, en lugar de suspender el curso de la causa principal, en obedecimiento de la ley, no podría corregirse el vicio sino reponiendo la causa al estado en que debió suspenderse su curso.

En cuanto al artículo 17 que ordena á los Jueces evitar la multiplicidad de los juicios y el riesgo de sentencias contrarias ó contradictorias, él no hace sino consagrar un principio general que ha de servir de regla en los casos dudosos de acumulación de autos; doctrina que desarrolla luego el Código en el Título XII del Libro 1º en los artículos 228 á 233, que estudiaremos detenidamente en su lugar. Por eso nos limitaremos aquí á hacer constar que el legislador considera como de interés para la justicia, evitar la multiplicidad de los juicios y el riesgo de sentencias contrarias ó contradictorias; y así lo recomienda á los Jueces.

Art. 18. Cuando la ley dice: «el Juez ó Tribunal puede ó podrá», se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo ó racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.

Art. 19. Para que haya acción debe haber interés, aunque sea eventual ó futuro, salvo el caso en que la ley exija interés actual.

Art. 20. En ningún caso puede librarse contra una persona prohibición general de enajenar sus bienes, ni embargos generales de los mismos, salvo en los casos en que expresamente lo ordene ó permita la ley.

Art. 21. Cuando la ley habla de partes, se entenderá que se refiere así á los litigantes como á sus representantes en el juicio, á menos que por la naturaleza del acto á que se contraiga la ley ú otra circunstancia derivada de ésta, deba enterderse que se refiere sólo á los litigantes mismos ó á alguno de éllos.

ESTUDIO 10.

De estos cuatro artículos, el primero y el último, ó sean el 18 y el 21, no hacen otra cosa que fijar el sentido en que usa el legislador la frase el *Juez puede ó podrá* y el vocablo *partes*, á fin de alejar toda duda y establecer la precisión. Ejemplos de ese cuidado nos dan muchos cuerpos de leyes antiguos y modernos, empezando por las Pandectas en sus títulos de *Regulis Juris* y de *Verborum significatione;* y por cierto que son tan importantes como útiles

Digitized by Google

para la ciencia y para la práctica. No habrá en lo futuro Juez, como ha solido acontecer, que al tropezarse con un *puede* ó *podrá*, se crea autorizado, para conceder ó nó, hacer ó nó, según su capricho ó su voluntad soberana sino que ha de entender que la ley confía en su prudente arbitrio para que estime si es conforme á la razón ó á la equidad, cónsono con la justicia imparcial, obrar en este ó en el otro sentido. No podrá haber tampoco, como por fortuna no lo ha habido, quien confunda al litigante mismo con su representante, para imponer á éste obligaciones que incumben á aquél ó viceversa, en todo lo que es personalísimo, como posiciones, juramento decisorio, intimaciones para ejecución, ni en lo que es de defensa, pretenda excluir al uno ó al otro. La disposición ha venido bien entendida y bien aplicada en la práctica.

Respecto del artículo 19, que requiere interés para que pueda haber acción, no es más que la expresa consagración del principio proclamado por la ciencia en todo tiempo y que el criterio filosófico comprende sin esfuerzo; pues siendo la acción el medio de perseguir en juicio el derecho que se tiene, mal podría concedérsele á quien carece de todo derecho por no tener interés de ningun género, dándosele una arma para molestar á los demás y á la justicia, por capricho y sin fruto. Y como al estudiar la demanda y sus condiciones hemos de ocuparnos en la materia de las acciones, nos referimos á lo que allí expondremos.

Cuanto al artículo 20, que veda librar contra una persona prohibición general de enajenar sus bienes, ni embargos generales de los mismos, salvo los casos en que la ley expresamente lo ordena ó permite, es doctrina corriente de la ciencia, que solo para impedir abusos ha creido necesario repetir aquí el legislador. Conocemos casos en que un Juez de 1ª instancia, de un Estado, tras de una sentencia de primera, anulando varias compras de inmuebles, libró contra un comerciante con imprudencia é iniquidad palmarias, una prohibición general de enajenar sus bienes, que lo puso en peligro de quiebra, teniendo acredores mercantiles y sobrados bienes para responder y pagar á todos, estando muy distante de hallarse en situación siquiera de atraso en sus pagos. Ni el legislador mismo tiene derecho de mandar privar así á una persona de la administración general de sus bienes, salvo en el caso de quiebra y de algún otro excepcional, por motivo de intereses superiores de otro orden; porque eso violaría la importante garantía de la propiedad y podría conducir á la ruina y á la miseria, sin justificación alguna. El Juez que lo hiciere cometería un atentado aún mayor; porque la justicia no puede pasar de limitarse á la parte de bienes suficiente para la obligación de cuya ejecución ó aseguramiento se trate; y las consecuencias de una medida general como las indicadas en el artículo, pueden llegar á ser desastrosas, toda vez que el perjudicado tiene necesidades ingentes que no admiten espera, para sí y para los suyos, ó por lo menos tener otros compromisos ineludibles cuyo cumplimiento podría impedírsele, ocasionándole daños y perjuicios que pudieran ser ruinosos. Y pues que los principios jurídicos no han sido ó han podido no ser bastantes para impedir tales atentados, bien ha hecho el legislador en elevarlos á regla positiva expresa, sobre la cual no pueda pasarse sin las responsabilidades consiguientes.

Art. 22. Pueden las partes, en beneficio de una transacción proyectada, suspender el curso del pleito por tiempo que determinarán de común acuerdo, y por acta ante el Juez, ó por dili[illegible]a ante el Secretario.

Art. 23 El Juez de la primera instancia puede llamar á [illegible]r-tes ante sí en cualquier estado del juicio, para procurar que [illegible] cilien, así sobre lo principal como sobre alguna incidencia, a[illegible] sea de procedimiento, interesándoles razones de conv[illegible]

Digitized by Google

pero cuidando de no emitir opinión sobre la materia que él debe decidir, sin que por ello se suspenda el curso de la causa.

ESTUDIO 11.

Como los artículos 277, 278 y 279 de este mismo Código tratan de la conciliación en el acto de la contestación á la demanda, á la vez que los artículos 22 y 23, que vamos á estudiar aquí, contienen disposiciones sobre la misma materia, hemos creído más conveniente á la unidad de nuestras observaciones para evitar repeticiones, y aun más oportuno para tratar de la institución de la conciliacion, reservar cuanto tenemos que decir sobre esa materia para el estudio de los citados artículos,

Por eso nos limitamos aquí á observar que nuestro legislador, obedeciendo como es natural al noble propósito de evitar los litigios, dá á las partes la facilidad de procurar las transacciones, facultándolas para suspender el curso del pleito por tiempo determinado, con tal propósito. Bien merece el intento el sacrificio de unos días.

Y observarémos tambien aquí que la facultad que el artículo 23 confiere á los Jueces de 1a instancia, para llamar á conciliación en cualquier estado del juicio, es tomada del artículo 268 del Código moderno de procedimiento alemán, que dice asi. «El tribunal puede, en cualquier estado de la causa ensayar el conciliar á los litigantes sobre el todo ó alguna parte del proceso, ó enviarlas ante un Juez comisionado ó requerido para la tentativa de conciliación». «La comparecencia personal de las partes puede ser ordenada en esta tentativa de conciliación». Adelanto notable nos parece la disposición, que deja al prudente arbitrio del Juez obrar según las circunstancias y en la ocasión que estime más propicia, conservando hasta dónde es posible el respeto al sentimiento humanitario de procurar la conciliación sin dilaciones, complicaciones, ni mayores gastos.

Art. 24. Ningún tribunal podrá actuar fuera de su jurisdicción, ni fuera del local de sus sesiones sin acordar previamente para este caso su constitución en el lugar donde vá á actuar, ni en asunto en que carezca de jurisdicción por razón de la materia.

Art. 25. Las audiencias serán públicas; pero se procederá á puerta cerrada cuando así lo determinare el tribunal por motivo de decencia pública, según la naturaleza de la causa.

En tal caso, ni las partes ni terceros podrán publicar los actos que han tenido lugar, ni dar cuenta ó relación de ellos al público, bajo la pena de cien á quinientos bolívares ó arresto hasta por o días, que impondrá el Juez por cada falta.

t. 26. La justicia se administrará con la mayor brevedad p . En consecuencia, en los casos en que por este Código n fije término al tribunal para librar una determinación, deberá h dentro de los tres días siguientes á aquel en que se hizo l itud que la provoca.

Digitized by Google

Art. 27. Los tribunales mantendrán á las partes en los derechos, facultades y goces que son comunes á ellas, sin preferencia ni desigualdades, y en los privativos de cada una de ellas, respectivamente, según los acuerde la ley á la diversa condición que tengan en el juicio. Pero no podrán permitir ni permitirse éllos extralimitaciones de ningún género.

Art. 28. Los Jueces deben atenerse á lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de estos, ni suplir excepciones ó argumentos de hechos no alegados ni probados.

No podrán declarar con lugar la demanda sino cuando exista, á su juicio, plena prueba de la acción deducida.

En caso de duda sentenciarán en favor del demandado.

Y en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor.

Art. 29. Será vicio radical de la sentencia el no ser motivada, el contener ultrapetita, el ser condicional ó ser tan contradictoria en lo dispositivo que no pueda ejecutarse, ó que contradiga ó modifique otra sentencia defiinitiva ó acto que haya causado ya cosa juzgada entre las partes.

ESTUDIO 12º

El artículo 24 contiene tres disposiciones prohibitivas, á saber: que ningún tribunal puede actuar fuera de su jurisdicción: que tampoco puede actuar fuera del local de sus sesiones sin acordar previamente su constitución en el lugar donde va á actuar; y que así mismo no puede actuar en asunto en que carezca de jurisdicción por razón de la materia.

Respecto de lo primero, hemos dicho, y lo explicaremos más, al tratar del *Fuero competente*, que la necesidad de atender á los negocios judiciales, aun de una misma naturaleza, en toda la extensión de un país, ha obligado por fuerza á dividir el territorio en circunscripciones distintas, en cuya esfera debe actuar cada Tribunal según su puésto y categoría: lo cual se comprende sin esfuerzo. Cada uno está encerrado pues, entre sus límites respectivos; y al salirse de ellos se encontraría sin autoridad é invadiendo territorio ageno. El derecho romano decía: *Extra territorium jus dicenti impune non paretur.* D. lib. II, tit. I *de jurisdictione* L. XX.

En cuanto á lo segundo, el artículo 100 del Código anterior decía: "Los jueces no pueden oir en juicio ni despachar en asuntos de su competencia sino en el lugar destinado para el tribunal, á no ser en los actos que acuerden préviamente de oficio ó á petición de parte." Y el Código de 1838 en su título XI, ley única, artículo 1º disponía: "Los jueces no podrán juicio ni despachar en los negocios de su oficio, sino en el lugar des para el tribunal; á menos que sea en aquellos actos acordados de ofi solicitud de parte, y que necesariamente deban practicarse fuera ó pa tener algún desorden." En sustancia, la disposición ha venido si misma en esa parte.

Ya en el derecho romano había un texto que decía *A procedendi dilationeu non convenit postulari etiamsi utraque parte præsente tribunal*

Digitized by Google

non allias nisi causa coguita indulgeri queat: et coguitio causæ non interpellatione plenaria, sed considente magis judice ligitime colligatur: ut si forte dilatiouen petitio fuerit improbata, snscepta quæstio per sententian judicis dirimatur. L. 4. Cód. de dilat.

Pothier en sus Pandectas, que trae ese texto, explica por una nota el que la palabra *plenaria* debe leerse *planaria* como lo observa *Noodt*, y en el sentido de que el juez no debe conocer legalmente de un negocio sino sentado en su tribunal. Este estaba en alto, por lo cual era que lo hecho fuera del tribunal se decía hecho *de plano*.

La ley 7, título 4. Part. 3ª estaba concebida en estos términos: "Logares señalados e comunales deven escoger todos los judgadores, en que puedan oyr los pleytos e deliberar paladinamente las contiendas de los omes que antellos ocurrieren para alcanzar derecho. E deven y estar assentados desde gran mañana fasta mediodía cotidianamente, en aquellos días que non son defendidos á que dicen feriados. E aun desde nona fasta vísperas, seyendo los pleytos muchos, ca non se deven apartar nin esconder en sus casas nin en otros logares do non los pudiesen fallar los querellosos. Pero si les acaeciese que oviesen de oyr algunos pleytos grandes, bien se podrían apartar por razón dellos, porque la otra gente non los estorvasse . . . . . ."

Natural es que las funciones públicas, como son las de los Jueces, no se ejerzan en las moradas ó casas privadas, sino en el lugar destinado al ejercicio de esas funciones, donde puedan ocurrir los que lo necesiten para sus asuntos, ó lo quieran para imponerse ó presenciar lo que se hace.

Con ello no sólo están al coriente los litigantes y el público del lugar del despacho, como deben estarlo, sino que se procura la publicidad, que sirve de garantía á las partes y á los mismos funcionarios, evitando los abusos. Misión tan importante como la de la justicia no puede llenarse á ocultas; y es de interés social su buen desempeño.

Se concibe que á veces tenga el Tribunal que practicar alguna diligencia fuera de su local, como una inspección ocular, un deslinde etc: entonces la ley le ordena acordar préviamente su constitución en el lugar donde va á actuar, no sólo para la debida inteligencia de las partes y de los demás que tengan otros asuntos, sino para evitar la posibilidad de abusos. Los actos de los Tribunales deben estar siempre fuera de toda sospecha.

Respecto de la prohibición de actuar en asuntos en que carezca el Juez de jurisdicción por razón de la materia, bien podríamos decir como los romanos: «*Non major est defectus quàm defectus potestatis.*" Si la necesidad, si el orden y la conveniencia hicieron dividir el territorio en distintas circunscripciones judiciales para poder atender en todas partes á las exigencias de la justicia, ellos mismos hicieron también dividir los negocios según su materia, para atribuirlos á los diversos Tribunales más llamados á conocer de ellos, atendidas su importancia, su gravedad y su índole misma. No puede el Juez en lo civil conocer de asuntos criminales, de hacienda, etc., ni viceversa. Si así no fuera, el orden sería imposible, y el caos dominaría en la administración de justicia y en todos los ramos del servicio público.

Y como las tres prohibiciones, de invadir territorio extraño, de actuar [illegible]a del local y de obrar careciendo de jurisdicción por la materia, son [illegible]osiciones fundamentales y de orden público, su quebrantamiento acarrearía [illegible]dad. «Toda autoridad usurpada es ineficaz, y sus actos son nulos,» dice [illegible]tículo 118 de la Constitución.

Digitized by Google

El artículo 25 dispone que las audiencias sean públicas, pero ordena que se proceda á puerta cerrada cuando por motivo de decencia pública así lo determinare el Tribunal, según la naturaleza de la causa. La publicidad de las audiencias es consecuencia necesaria de la misión de los Tribunales, y elemento necesario para garantía de las partes y de los mismos Jueces, como lo hemos dicho ya. El público todo, tiene interés en la buena administración de la justicia, y debe tener acceso al lugar del despacho para presenciar los actos que se verifican en esas audiencias públicas. Así se hacen notorios los buenos ó malos procederes de las partes, de sus abogados y procuradores y de los Jueces y magistrados: así se forma la conciencia pública acerca del funcionamiento de tan sagrada institución: hay un freno para contener á todos en los límites de su deber; y se galardona ó censura al que lo merece. Ojalá entrase en nuestras costumbres el hábito de concurrir á las audiencias á presenciar esos actos y esas luchas que deciden de los intereses, de la fortuna de los asociados! Ello solo podría bastar para alejar pretensiones inicuas y hacer desaparecer injusticias y abusos. La soledad, el aislamiento, matan el estímulo en la buena senda, y animan á la parcialidad y á los favores indebidos.

Pero en los asuntos de nulidad de matrimonio, de divorcio, y otros en que se ventilan cuestiones privadas de familia, á veces la decencia requiere no diafanizar ciertos hechos ó secretos, que el pudor aconseja velar. Es entonces más discusión de familia, que de interés social, que puede seguirse bien entre los inmediatamente interesados á presencia del Tribunal; y no hay para que herir la decencia pública ni hacer ruborizar á nadie con revelaciones de cierto linaje. Necesario es, pues, que se proceda entonces á puerta cerrada. Y como de nada serviría esa precaución, si alguna de las partes ó algún tercero pudieran publicar los actos que han tenido lugar, ni dar cuenta ó relación de ellos al público, la ley manda al Juez imponer al infractor una multa de cien á quinientos bolívares ó arresto hasta por ocho días. Inconsecuencia inexplicable sería que procediéndose en el local del Tribunal á puerta cerrada, excluyendo á los extraños, pudiera publicarse después lo pasado en sesión secreta, y quedase impune el infractor de la ley y ofensor de la decencia pública.

El artículo 26 ordena que la justicia se administre con la mayor brevedad posible. A ello están, pues, obligados los Jueces; y esa es una de las condiciones que debe tener la administración de justicia para ser buena. El legislador ha querido preceptuarlo expresamente; agregando como consecuencia, que en los casos en que el Código no fije término para librar una determinación, lo debe hacer el tribunal dentro de los tres días siguientes, á la solicitud que la provoque. De suerte, que cuando la ley fije el término, sea más largo ó sea más breve, dentro de él debe providenciarse, y cuando nó, solo tiene el Juez los dichos tres días. Eso no quiere decir que aquel haya de tomarse todo el lapso legal aún cuando no lo necesite. Nó: la regla es obrar con la mayor brevedad posible, sin perder tiempo innecesariamente; y si no le ordena resolver en el acto, es por considerar que tampoco debe procederse con festinación, y que ha de meditar y estudiar lo que sea grave ó así lo requiera. Deficiente era la disposición del Código anterior en su artículo 107, que se limitaba á decir: "En los casos en que por este Código no se fije término al tribunal para librar una determinación, deberán hacerlo dentro de los tres días siguientes á aquel en que se hizo la solicitud que la provoque." Pero más deficiente y aún inconveniente encontramo del artículo 17 Ley única título XI del Código de 38 concebida así: "En casos en que con arreglo á este Código deban los tribunales pronun sentencia sin dilación, podrán diferirla á su juicio por un término qu pasará de dos días."

Ahora la disposición está completa, y el deber de los Jueces bi finido.

Digitized by Google

En el artículo 27 el legislador ordena mantener á las partes en sus respectivos derechos, sin preferencias ni desigualdades, cuando son comunes, y como lo establece la ley cuando son privativos de alguna, según su condición en el juicio; sin permitir los Jueces ni permitirse ellos mismos extralimitaciones.

El artículo correlativo del Código anterior, decía simplemente: «Artículo 164. Los términos y recursos concedidos á una parte se entenderán concedidos á la otra, siempre que por disposición de la ley ó de la naturaleza del acto no resulte lo contrario.»

La disposición á que nos contraemos es derivación del principio establecido en el artículo 19, de este Código según el cual todos deben ser considerados como iguales ante la ley. Ninguna parte es privilegiada: todos tienen los mismos medios legales, los mismos recursos, los mismos términos, á fin de que cada cual pueda defender lo que crea su derecho. Se abre el término probatorio para ambas, sin tener una más ni otra menos, ni cada una el suyo. Si se concede á una que pueda probar con testigos, la otra puede hacer contraprueba también con testigos. Si se acuerda á una término de distancia para pruebas fuera del lugar del juicio, á la otra aprovecha el mismo término para repreguntar y estar atendiendo su negocio. Si según la ley hay apelación de una decision ó sentencia, sea la una, sea la otra la agraviada, puede usar del recurso. Y así en los demás casos en que la ley no dé la facultad, recurso ó medio á la condición de una parte, verbi-gracia, cuando dice *el demandante puede reformar su demanda antes del acto de contestación*, ó cuando dice *en caso de duda se sentenciará en favor del demandado*, etc., pues entonces la facultad ó derecho solo favorecerá al que tenga la condición de demandante ó de demandado respectivamente. En tales casos la igualdad que proclama la ley consiste en que, sea pobre ó rico, ignorante ó sabio, blanco ó moreno, etc., el que tenga la condición exigida por la ley, pueda usar del derecho ó facultad.

Por la fuerza de esos principios hemos creído siempre abusiva é ilegal la práctica que á veces hemos notado, de confundir el término de distancia de ida ó de vuelta con el ordinario de pruebas, dando lugar á que con ventajas y favor de una parte y en daño de la otra se evacuen en el lapso de ida ó de vuelta. Supóngase que un Juez de Caracas concede el término de treinta días para pruebas en Ciudad Bolívar, que una parte pudiente fleta un vapor en La Guaira y dentro de cinco ó seis días presenta su despacho al Juez comisionado; y que la otra parte, pobre, se marcha por tierra para estar allí dentro de los quince días de la distancia. Si al presentarse esta parte al comisionado encuentra que la prueba fué evacuada, y el despacho devuelto, quedaría sin defensa, si tal proceder se permitiera. ¿En nombre de qué principio se haría? Nó por la razón del más diligente, sino del más pudiente, que no acepta la ley. Como veremos, esta ha remediado ya el abuso.

El artículo 28 dispone que los Jueces deben atenerse á lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de estos, ni suplir excepciones ó argumentos de hechos no alegados y probados.

Al tratar de la misión de los Jueces en materia civil hemos explicado esto. Ellos no resuelven como particulares, sino como Jueces, por la misión pública que desempeñan; y por lo mismo deben necesariamente atenerse á los os del expediente que se forma con los elementos que llevan las partes lebate, procurando cada una comprobar su derecho. Si se permitiera á los es obrar de otro modo, ninguna garantía habría para los litigantes, porquéllos quedarían constituidos en árbitros absolutos de su voluntad, sin o posible, escudados con su convicción privada. Con tal sistema las leyes una burla y la justicia imposible,

grega el artículo que para declarar con lugar la demanda debe haber icio plena prueba de la acción. El artículo 1281 del Código Civil pre-

Digitized by Google

ceptúa que quien exije el cumplimiento de una obligación debe probarla, y el derecho ha proclamado en todo tiempo que toca al actor la carga de la prueba. Como es natural presumir la inocencia de un individuo, mientras no se le pruebe ser autor de alguna contravención, es también natural presumir la libertad de todo compromiso ó lazo jurídico que le obligue hacia otro, mientras no se le pruebe. Lo contrario sería una verdadera insensatez, como opuesto al sentido común y á la existencia de los hombres en sociedad: sería el reinado de la anarquía y del comunismo.

Todavía previene más la ley: dice á los Jueces que en caso de duda sentencien en favor del demandado. Es simple corolario de la disposición anterior; pues desde que haya duda es porque no existe la prueba plena de la obligación: predomina entonces la presunción en favor del demandado, y la absolución se impone.

Y termina el artículo disponiendo que en igualdad de circunstancias se favorezca la condición del poseedor. La posesión es el primero y más importante atributo de la propiedad, como que proporciona su goce y su libre disposición. Por eso nuestra Constitución la garantiza con todos sus fueros, derechos y privilegios (artículo 17, número 2), y el Código Civil en sus artículos 456 á 463 le acuerda sus preeminencias y derechos, y más después le dá las acciones interdictales para más eficaz y rápida protección. La ciencia la ha mirado siempre con tal predilección que para ella proclama la única bienaventuranza que conoce, diciendo: *beatus qui possidet.* Bien se comprende, pues, que el hecho de poseer lleva en sí la más fuerte presunción de propiedad, ó á lo menos la de tener algún derecho que abona ese hecho, y por fuerza ha de ser objeto de protección. Es, por tanto lógico que en igualdad de circunstancias mande la ley favorecer la condición del poseedor; de la misma manera que en caso de duda se sentencia en favor del demandado. Pero es en igualdad de circunstancias, esto es, cuando las cosas aparezcan dudosas para uno y otro litigante, cuando no esté claro el mejor derecho del no poseedor, pues si lo está no hay igualdad de circunstancias, y débese respetar la verdad y dar su derecho al que lo tiene.

El artículo 29 declara vicio radical de la sentencia:

el no ser motivada:

el contener ultrapetita:

el ser condicional:

el ser tan contradictoria en lo dispositivo que no pueda ejecutarse;

y el contradecir ó modificar otra sentencia definitiva que haya causado ya cosa juzgada entre las partes.

A nuestro juicio, el legislador solo ha querido establecer aquí un principio general, que sirva de norte á los Jueces, llegado el caso de que se alegue en un juicio ó en un recurso legal, alguno de esos vicios contra una sentencia. No autoriza, no, á una parte para hacerse justicia por sí, declarando nula la sentencia por el vicio que según su criterio contenga, ni autoriza á un Juez, para que de oficio ó con una simple solicitud de un interesado, declarar la nulidad. Materia tan grave no puede resolverse sino en un juicio, ó en uno de los recursos ordinarios ó extraordinarios que da la ley; taurando la acción correspondiente ó denunciando ó formalizando la pre para que sea discutida entre partes y fallada por una decisión lega

Ese principio va á ser desarrollado después por el mismo legis establecer en el Título sobre Sentencias, las condiciones que deben re en los relativos á Casación é Invalidación, declarando los casos, me forma en que son procedentes una y otra. Al estudiar aquellos Títu pondremos lo que debamos decir sobre los vicios enumerados en este

Digitized by Google

Art. 30. No puede apelar de ninguna providencia ó sentencia la parte á quien en ella se hubiese concedido lo que pedía.

Art. 31. Si la sentencia de segunda instancia fuere conforme de toda conformidad en el fondo con la de primera, no habrá lugar á tercera, á menos que difirieren en materia de costas.

En ningun caso habrá lugar á cuarta instancia.

Art. 32 Cuando se interesare ó discutiere la jurisdicción de la República, la decisión que se librare sobre ella se consultará con el superior, aun cuando no fuere apelada, si la jurisdicción dicha resultare desconocida ó menoscabada por el fallo.

Art. 33. La justicia se administrará en nombre de los Estados Unidos de Venezuela; y de la misma manera se encabezarán las ejecutorias y las rogatorias que se dirijan á los tribunales ó funcionarios extranjeros, así como las suplicatorias, exhortos ó despachos que se envíen á las autoridades venezolanas. Las rogatorias para el extranjero se enviarán por la vía diplomática ó consular, y las demás interiores por la vía ordinaria, sin necesidad de legalización.

Art. 34. Los tribunales y autoridades de toda la República cumplirán y harán cumplir las sentencias, decretos y órdenes de los tribunales de justicia nacionales, del Distrito Federal, ó de cualquiera de los Estados, libradas en uso de sus atribuciones legales.

Art. 35. Los documentos á que se refieren los dos artículos anteriores, deberán llevar siempre el sello del tribunal que los expide, sin cuyo requisito no se considerarán auténticos.

ESTUDIO 13.

Da el artículo 30 otra regla general respecto de apelaciones, según la cual no podrá usar de este recurso la parte á quien se hubiere concedido en la sentencia ó decisión lo que pedía. Como el Código tiene luego, título especial sobre la apelación, allí expondrémos la doctrina legal y de la ciencia sobre esa importante materia. Aquí nos limitaremos á explicar este artículo y á exponer, á nuestro juicio, la situación de las partes, apelante y no apelante, en el recurso.

Por capricho y más que todo, por alargar el pleito, no han faltado litigantes que han apelado de decisiones conformes con su solicitud; y á veces por complacencia ó alarde de imparcialidad, los Jueces han oído tales apelaciones. Claro es que en semejantes casos el recurso no tiene objeto, porque el ape- l no tiene de que querellarse. La ley ha querido por tanto, impedir ese n ilegítimo de alargar el proceso. Pero téngase presente que el legislador s ne que en la decisión se ha concedido todo lo que se pedía, pues á v la parte no se limita á solicitar algo, sino que se extiende al modo ó le de lo que pretende, verbi-gracia, si pide que se declare expresamente s echo á repreguntar los testigos contrarios, y agrega que en el despacho s te el poder de su representante. Si en la decisión solo se le acuerda

Digitized by Google

el derecho á las repreguntas, no se le ha concedido todo cuanto pidió, y bien puede temer y aun saber que el Juez comisionado ponga obstáculo al apoderado para ejercer el derecho. Razón habría entonces para apelar.

Y sucede también á vecés que alguno apela de auto que nada decide, por ejemplo: cuando el Juez dice al pié de un escrito: «á sus autos, y con vista de estos se proveerá». Si por la ley no está obligado el Juez á proveer en el acto, no hay propiamente decisión de que apelar.

Cuanto á la posición de las partes en el recurso, algo importante hay que decir. Si la decisión comprende varios puntos, y una parte apela de uno determinado, y la otra no apela en absoluto, es obvio que el Juez superior no tiene jurisdicción ó poder para conocer de otra cosa que del punto apelado limitativamente: la sentencia está consentida por ambas partes en todo lo demás, y ninguna de éllas puede pretender que se le revoque ó modifique. Si en el mismo supuesto, ó en otro cualquiera, una parte apela en absoluto ó en general, y la otra no apela, es tambien obvio, que el Juez superior tiene la misión de revisar en todo la sentencia, y que puede confirmarla, revocarla ó modificarla: el apelante tiene el derecho de atacarla en todas sus partes; y el no apelante el de defenderla en la misma extención. ¿Pero puede decirse que la sentencia está consentida por el que no apeló, y tenerse como ejecutoriada para él? No creemos esto, porque si el superior revocase habría dos sentencias, una ejecutoriada para el no apelante, y otra contraria para el apelante, lo cual sería un absurdo. Las sentencias no pueden tenerse como ejecutoriadas sino, ó por virtud de la ley, que no permite alzada, ó por consentimiento de ambas partes. ¿Pero nó resultará así ser de mejor condición el que no apela que el apelante, si es que aquél tiene el derecho de pedir que se modifique la decisión favoreciéndolo en algo? Si se trata de confirmar ó revocar, no hay dificultad posible: cada parte está en su derecho, la una combatiendo, la otra sosteniendo la sentencia; y el superior en su plena facultad de hacer lo uno ó lo otro según su conciencia. Si se trata de reforma, es cuando se hace posible la objeción de que no pueda modificarse favoreciéndo al apelante. Más, dado que á los Jueces no les es permitido, cuando se interesa la ley y reconocen el caso de aplicarla, dejar de cumplirla, vienen por fuerza distinciones á que hay necesidad de atender. Si la reforma recae sobre un punto de hecho establecido en el fallo apelado, que quedó consentido por el nó apelante, el Juez superior tiene que respetar esa situación, no pudiendo reformar en favor del nó apelante. Por ejemplo: sostuvo el demandante que debía el demandado pagarle el capital y el interés á la rata de doce p 8 aunal por estar así estipulado: negó el demandado la estipulación, y falló el Juez de la primera instancia no estar á su juicio comprobado el convenio, y declaró deber solo pagar el demandado el intirés legal de tres p 8 al año. Apeló el demandado, nó el demandante; y consentida así la decisión por éste, el Superior, aún creyendo que si estaba probada la convención, pensamos que no puede ya acordar sino el interés legal. Otra cosa sucede si el punto de la reforma entraña el cumplimiento de una disposición legal, caso en el cual el Superior no puede dejar de cumplir la ley aun cuando favorezca al nó apelante. Ejemplo: el fallo de primera instancia reconoce expresamente que el actor tiene derecho á indemnización de perjuicios comforme al texto de una ley, pero ni los fija ni los manda á fijar por expertos como debe hacerlo, según otro texto legal. ¿Puede el Juez de la alzada, si encuentra que en realidad se debe dicha indemnización legal, dejar de fijarla ó mandarla fijar en obedecimiento de la ley, porque con ello favorece al apelante? Nó; porque el cumplimiento de la ley se impone siempre: pero si ese Juez no puede suplir alegatos ni recursos de hechos no alegados probados, sí puede suplirlos cuando son de derecho; y porque la falta, cuido ó debilidad del primer Juez, no autoriza al segundo para cometerlo á su vez. En verdad eso no sería sino aclarar ó ampliar la primera decisión cual está obligado todo Juez, desde que la ley le dice que la sentencia debe ser clara y precisa. ¿Porqué no cumplir su deber?

Digitized by Google

Y todavía la ciencia toma en consideración aquellos casos en que el punto de la reforma, sea de hecho ó de derecho, puede afectar á interesados ligados por solidaridad ó comunidad. Por más que al acordarla favorezcan á esos interesados, aunque no sean apelantes, el Juez de alzada no puede detenerse en eso; porque para los que están en idéntico caso no puede haber dos justicias, ni puede dividirse lo que es indivisible en Derecho. Supóngase que en una partición de bienes en que hay varios interesados; apela solo uno, de una decisión que fija el valor de una finca conforme á un peritaje, sosteniendo que ese valor debe ser disminuido ó aumentado con tales ó cuales sumas menos ó mas. Si el Juez Superior encuentra que la reforma es justa en cualquiera de los dos sentidos, puede sin duda hacerla, aunque haya de favorecer á los nó apelantes. Lo contrario sería perseguir un imposible. Y así sucedería en otros casos en que por la liga de lo accesorio con lo principal ó por la conexión jurídica, no pueda romperse la unidad de la justicia, ni hacerse distinciones imposibles.

El artículo 31 establece las instancias. Según él no pueden pasar nunca de tres. Opinaron algunos en la Comisión revisora que se limitasen á dos, ya que existe el recurso de casación; pero la mayoría se decidió por aquellas, para no entorpecer la organización judicial que traen de atrás otros Estados de la Unión y á que están acostumbrados los litigantes. La misma Tercera no puede tener lugar cuando la de Segunda sea conforme de toda conformidad en el fondo con la de Primera: en tal caso hay ejecutoria; á menos que difieran en materia de costas. Para que tal suceda es preciso que se trate de las de primera: en ningún otro caso puedan diferir. De suerte que las de Segunda, impónganse ó nó, no pueden ser objeto de Tercera instancia.

El artículo 32 establece en favor de la Jurisdicción de la República, uno de los raros casos de consulta en materia civil, de sentencia no apelada, cuando esta desconoce ó menoscaba aquella jurisdicción. No está organizado en Venezuela, como en otros paises, el Ministerio público para atender á ciertos asuntos civiles, en que se interesa la ley ó son de gran importancia social. Por tal motivo ha tenido el legislador que apelar al expediente de la consulta á fin de tutelar la jurisdicción nacional; pues si en ocasiones se pone esta en tela de juicio, ante Tribunales ilustrados, en asuntos de interés privado, como divorcio entre extranjeros casados en otro país, exigencias de obligaciones personales también contratadas en el extranjero; en otras se llevan á juzgados seccionales poco aptos en materia internacional, cuestiones de jurisdicción en que las pretensiones suben á tal grado que niegan la de la República para conocer de controversias en que se interesa el país, como por ejemplo, en la ejecución de alguna obra pública. Con la previsión del artículo, un Tribunal Superior revée la sentencia que haya negado en todo ó en parte la jurisdicción nacional.

El artículo 33 manda á administrar la justicia en nombre de los Estados Unidos de Venezuela, y encabezar así mismo las ejecutorias y las rogatorias para tribunales ó funcionarios extranjeros y las suplicatorias, exhortos ó despachos para las autoridades venezolanas; agregando que las rogatorias se envíen por la vía diplomática ó consular, y las demás por la ordinaria sin necesidad de legalización.

— te artículo es parte del 110 del Código anterior, y éste la reproducción del
2 la ley única, Título 11 del Código de 38, que lo tomó del 158 de la ley de
1 orgánica de los Tribunales de Colombia.

nuestro antiguo derecho las sentencias y las ejecutorias eran encabe-
z a nombre del Rey; y ello era la consecuencia de la doctrina domi-
n de que en su persona residían todos los poderes y de que los Jueces
d ban el suyo del nombramiento del Soberano ó de aquél á quien éste
l omendaba. Tal es la doctrina de las leyes 25 título 1º libro 1º y 13,
tí libro 2 del Fuero Juzgo y 2ª título 4º Part. 3ª

Digitized by Google

En el derecho moderno, en las monarquías se libran las sentencias y las ejecutorias en nombre del Soberano, y en los países republicanos, generalmente, á nombre de la nación. Y decimos generalmente porque en Francia se libran las ejecutorias á nombre del Presidente de la República, y quizás sea así en algún otro país.

Tiénese como esencial ese encabezamiento porque en el trato de las naciones sería extraño y quizás descortés que no fuese el cabeza visible del Estado, el que lo representa ante los otros pueblos, quien se dirigiese á las autoridades de otro país á pedirle la ejecución de una sentencia ú otros actos semejantes: como es natural que en una República se invoque ésta, que es la Soberana, de donde derivan todos sus poderes constituidos.

Sebemos que una sentencia es en sustancia el acto por el cual la autoridad pública competente decide definitivamente la cuestión debatida. Esa decisión, cuando ha llegado á ser firme, necesita otro acto de la autoridad competente, por el cual dispone y ordena que sea ejecutada; acto que debe quedar ejecutoriado. Y el documento que se libra en consecuencia insertando el fallo y la ordenanza de ejecución, para que ésta sea llevada á cabo, es lo que se llama *ejecutoria*. Nosotros llamamos las ejecutorias libradas para la ejecución en nuestro propio país, *mandamientos de ejecución;* conservando el nombre general de *ejecutoria* á la que ha de ser llevada á otro país. *Rogatorias* llama el derecho internacional á las misivas dirigidas á autoridades extranjeras, suplicándoles la evacuación de diligencias, como citaciones, declaraciones, posiciones etc.; y en ellas es de cortesía acompañar á la súplica, el ofrecimiento de quedar á la recíproca, ó sea de atender á cualquiera solicitud semejante que ocurra á las autoridades del país á quien se dirijan. Nuestro artículo ordena que las *rogatorias* sean enviadas por la vía diplomática ó consular, pues de otro modo no serían atendidas, conforme á la práctica general, por faltar la autenticidad derivada del órgano de la presentación. Y advertimos más; y es que según resoluciones de las cancillerías, la nuestra entre éllas, el interesado debe comisionar á alguna persona que suministre el papel timbrado y lo demás necesario para el despacho, según lo hemos dicho ya.

Llama nuestro artículo *suplicatorias*, *exhortos* ó *despachos* á las misivas que se dirigen recíprocamente las autoridades venezolanas; y distínguense las primeras, por ser dirigidas á un Superior, por lo cual deben ir en términos de súplica: las segundas, en enviarse á otro de igual categoría, á quien se exhorta á darle cumplimiento; y los despachos á los inferiores, á quienes se ordena cumplir. Nuestro artículo expresa que tales misivas interiores no necesitan legalización; y eso porque á causa de nuestro sistema federativo y de la soberanía de los Estados de la Unión, comenzose exigiendo la legalización de Estado á Estado, con gran tropiezo para la administración de justicia.

Como consecuencia de tales disposiciones y en atención á las bases números 18 y 19, artículo 6º de la Constitución, ordena el artículo 34 que estudiamos, que los tribunales y autoridades de toda la República cumplan y hagan cumplir las sentencias, decretos y órdenes de los tribunales de justicia nacionales, del Distrito Federal y de los Estados, libradas legalmente. No podía ser de otro modo para la existencia de la administración de justicia en el país.

El artículo 35 dispone que los documentos á que se refieren los dos artículos anteriores lleven el sello del Tribunal para comprobar su autenticidad: medio sencillo y práctico de evitar dudas y tropiezos en el [illegible] despacho de los asuntos judiciales.

———

Digitized by Google

Art. 36. Los funcionarios del orden judicial son responsables de las faltas y delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones, conforme á este Código, al Penal y á las leyes orgánicas.

Art. 37. La Corte de Casación y los Tribunales Supremo y Superior de los Estados y del Distrito Federal podrán imponer como penas disciplinarias, por lo que resulte demostrado en el proceso. apercibimientos y aun multas que no excedan de doscientos bolívares, á los funcionarios que hayan intervenido en aquél, por las faltas materiales que aparezcan, como omisión de firmas, de notas, de salvaturas y otras de esa especie.

Podrán también, por lo que resulte del proceso, pero á solicitud de la parte perjudicada, imponer multas disciplinarias á dichos funcionarios hasta de mil bolívares, por aquellas faltas que no hayan tenido otra consecuencia que aumentar los gastos á la parte ó causar demoras en el asunto, así como en los casos en que la ley mande imponerlas.

En todo otro caso de falta que acarree responsabilidad civil, ó de falta en que la ley reserva á la parte el recurso de queja, se abstendrán de toda condenación contra el infractor, quedando á salvo la acción de los interesados. Pero si hubiere indicios de haberse cometido por algún funcionario ó algún tercero que haya intervenido en la causa, algún delito de acción pública, mandarán sacar copia de lo conducente y la enviarán al Tribunal competente para que abra la inquisición correspondiente.

Lo dispuesto no impide que el Juez de sustanciación haga subsanar las faltas materiales que notare, y use de la facultad que le da la ley de apremiar con multas á testigos, peritos ú otros.

ESTUDIO 14

El artículo 36 declara la responsabilidad por faltas y delitos cometidos en ejercicio de sus funciones, conforme á este Código, al Penal y á las leyes orgánicas, de todos los funcionarios judiciales. La Constitución en la primera de las bases de la Unión enumeradas en su artículo 60, establece el deber de organizar el Gobierno de acuerdo con los principios del sistema popular, electivo, federal, representativo, alternativo y responsable. Consecuencia de esto es, que el Poder Judicial, como comprendido entre los grandes Poderes del Estado no puede estar organizado sino con funcionarios responsables en el desempeño de sus respectivos cargos; [illegible] en tal sistema los funcionarios públicos son en esencia mandata[illegible] de la Nación, y por ende responsables de su cometido. Pero no es sólo [illegible] el precepto constitucional y sus consecuencias que se sostiene la respon[illegible]lidad de los Magistrados y Jueces, Nó: sea cual fuere el sistema de [illegible]ierno, aun monárquico, esa responsabilidad se impone, porque está en[illegible]da, como condición esencial, en la misión misma del Poder judicial. [illegible] es en verdad, impartir justicia cumpliendo la ley en el fondo y en [illegible], para dar á cada uno su derecho, es de todo en todo incompatible [illegible]esponsabilidad de sus funcionarios; porque esta es la puerta franca

Digitized by Google

de la arbitrariedad, la licencia para el descuido, el error, la parcialidad, la violación de la ley y el sacrificio del derecho. Hay un antagonismo palmario entre una y otra idea, que vienen á ser así inconciliables. Al paso que la responsabilidad es el freno con que el legislador mantiene á los funcionarios en la órbita de sus deberes: es el escudo y el arma que se pone en manos de los litigantes para defender, y aun vindicar sus derechos; y es para los funcionarios mismos, el verbo que los ampara de sus propias debilidades, complacencias y pasiones, y que les estimula en el camino del honor y del renombre.

Para la debida sanción de ese principio de la responsabilidad, el Código consagra en el Libro 3º un Título á las quejas por las faltas civiles de los Jueces, y aquí en el articulo 37 que estudiamos, faculta á la Corte de Casación y á los Tribunales Supremo y Superior de los Estados y del Distrito Federal para imponer, de oficio, por lo que aparezca del proceso, como penas disciplinarias, apercibimientos y aun multas que no exedan de doscientos bolívares, á los funcionarios culpables de faltas materiales, como omisión de firmas, notas ó salvaturas, errores de foliatura, desorganización de las actas y otras de esa especie. Y los faculta también para imponer multas hasta de mil bolívares, no ya de oficio, sino á solicitud de parte, á los autores de aquellas faltas cuyas consecuencias no hayan pasado de aumentar los gastos á las partes ó demoras en el asunto, como obligarlos á pagar copias innecesarias, retardar indebidamente el envío del proceso, ú otras semejantes; así como en los casos en que la ley mande imponer tales multas, como en las recusaciones. Y les ordena en fin, por una parte, abstenerse de toda condenación contra el infractor, en cualquier otra falta que acarree responsabilidad civil, ó en que la ley reserva al interesado el recurso de queja; y por otra parte mandar sacar copia de lo conducente y enviarla al tribunal competente, cuando aparezcan indicios de haberse cometido por algún funcionario ó un tercero que haya intervenido en la causa, algún delito de acción pública, verbi-gracia falsedad, coecho etc.

Y tiene cuidado el legislador de advertir que las disposiciones precedentes no impiden al Juez sustanciador hacer subsanar las faltas materiales que notare, ni usar de las facultades que le atribuye la ley para apremios con multas en los casos por ella designados, á testigos, peritos y otros. Mejor es prevenir y corregir á tiempo, que dar lugar al castigo.

Digitized by Google

LIBRO PRIMERO.

DISPOSICIONES GENERALES.

TITULO I.

DEFENSA DE POBRES.

Art. 38. La justicia se administrará gratuitamente á los pobres.

Art. 39. Para los efectos de este Título se reputan pobres, sólo los que son declarados tales por los tribunales.

Art. 40. El que aspirare á ser declarado pobre, hará justificativo de tal, con citación del expendedor de papel sellado del lugar y de la parte contraria, si la declaración se solicitare para obrar en juicio contencioso, ó con la del primero solamente, si no hubiere contención. Ambos tendrán el derecho de repreguntar y de tachar á los testigos del justificativo, de acusar bienes y de promover todo lo que crean conveniente para contrariar la solicitud, á cuyo efecto se concederá el término de ocho días, si lo pidieren, antes de librar el Juez su providencia.

Art. 41. La declaración de pobreza no perjudica á los que no han sido citados en la actuación en que se ha acordado, ni puede extenderse á asuntos que no comprenda, caso de oponerse á ello la contraparte ó el expendedor de papel sellado.

Art. 42. El justificativo se instruirá en papel común; pero si el tribunal decide que no hay mérito para la declaratoria de pobreza, el promovente consignará el sello ó los sellos correspondientes á las hojas invertidas, y además incurrirá en las penas e[illegible]ecidas en el decreto sobre papel sellado.

[illegible]t. 43. Los empleados judiciales cobrarán sus derechos, si s[illegible]arare sin lugar la pretensión del solicitante.

[illegible]t. 44. Los tribunales declararán pobres para los efectos de e[illegible]ulo, á los que no tuvieren los medios suficientes para li[illegible]

Digitized by Google

ESTUDIO 15.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los artículos copiados son los mismos 1 á 7 del Código de 1873, sin alteración.

Las leyes de papel sellado de 1846, 1847, 1850 y otras posteriores derogadas tenían las dos disposiciones siguientes:

« Para acreditar la pobreza solemne es necesario una justificación judicial instruida con citación del expendedor de papel sellado del lugar y de la parte contraria, cuando sea para uso en negocios contenciosos, debiendo aquél y pudiendo ésta acusar bienes si supieren que los tiene el que instruye la justificación de pobre solemne, hacer comparecer y aun repreguntar á los que certifiquen en abono de él para que manifiesten y afirmen pública y judicialmente la verdad de sus aserciones.»

« Si de la oposición hecha por el expendedor de papel sellado y por la otra parte contendiente, resultare que el que pretende ser admitido como pobre solemne, tiene con que hacer el gasto del papel correspondiente, no solo se le obligará á usar de él, sino que se le impondrá una multa de 10 á 25 pesos en favor del expendedor. »

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 2, tit. 24 lib. 10 Nov. Recop* . . . . . «Y para este efecto baste la misma informacion que se hace en conformidad de lo dispuesto por otras nuestras leyes para probar la solicitud de pobreza, con que en la información intervengan tres testigos, y con que esta información se haga ante el mismo Escribano y Juez, que no han de llevar derechos; y si se probare que alguno de los susodichos los uviere llevado, pague cualquiera que lo uviere hecho los derechos que tocan á los dichos sellos, con el doble, y para esta multa baste un testigo y la parte ».

« Y por que no pueda haber fraude en la averiguación y probanza de la pobreza, se declara que aquel se entienda pobre de solemnidad que se escusa de pagar derechos de Escribano, Abogado, Procurador, Solicitador y Juez »

EXPLICACIONES.

Entra el Código en este Lib. I, dedicado á las Disposiciones Generales, que son aquellas que se aplican así al juicio ordinario, reglado en el Lib. II, como á los demás procedimientos de que se trata en el III, á ocuparse de la defensa de pobres en el Título I que vamos á estudiar.

Importancia de la Administración de justicia. «Justicia es una de las cosas porque mejor é mas endereçadamente se mantiene el mundo. E es así como fuente onde manan todos los derechos » dice el principio del *tít. 10 part. 3ª.* Y en verdad que la administración de justicia es de tal importancia que no se concibe la existencia de la sociedad sin proporcionar á sus miembros ese primer beneficio, como salvaguardia de todo derecho. Pero esa necesidad no queda satisfecha si los tribunales no están al alcance de la parte pobre, que de ordinario es la más numerosa, pues gozando también de derechos y est o sujeta á las cargas que las necesidades públicas imponen á los asociad o puede hacérsele de peor condición, excluyéndola de tan preciosa garan r su carencia de medios para litigar, y condenándola de hecho al sacrin e sus derechos, ó impulsándola al uso de la fuerza contra injusticias e rantes. Es por esto que el legislador, desde tiempos remotos ha dicta posiciones que faciliten á los pobres los medios de reclamar en juicio lo corresponde, procurando remediar los inconvenientes en que su desventaj sición los pone para hacerse oír ante los tribunales. No es ese un f

Digitized by Google

to, por que no se le acuerdan privilegios que establezcan en la lucha una desigualdad en su favor, sino que por el contrario se limita á aliviarlos de cargas que no podrían soportar, pero manteniendo siempre la misma tramitación, los mismos recursos y los mismos medios de defensa para uno y otro litigante.

La justicia es debida á todos, y no patrimonio del acaudalado ó quien siquiera tenga mayores recursos.

Debe ser gratuita. Proclama nuestro artículo que la justicia se administra gratuitamente á los pobres; y esto para establecer desde luego, que no le está vedado al pobre por ser tal, su acceso á los tribunales en demanda ó defensa de sus derechos.

Redundante encuentra *Sanojo* esta primera disposición, ya que luego en artículo posterior enumera la ley los beneficios que proporciona la declaratoria de pobreza. Aunque no estamos distantes de reconocer la redundancia observada, la excusamos, en atención á la importancia de la declaración, sobre todo, cuando en rigor debía idearse un sistema por el cual pudiera decirse que la justicia se administra gratuitamente á todos los asociados. Ahí en ese artículo está el principio fundamental, y luego en los demás vienen el desarrollo y la reglamentación.

El beneficio es para el verdadero pobre. Pero el mismo propósito del legislador, y el orden social, exigen no dejar á la voluntad de los interesados el calificarse de pobres, á fin de que solo gocen de los beneficios acordados en este Título aquellos á quienes realmente ha querido el legislador concederlos. Natural es, pues, que el interesado ocurra altribuual, que exponga de un modo claro su situación en un escrito dirigido al correspondiente Juez, expresando su domicilio, las circunstancias que expliquen su estado de pobreza, como las de tener ó nó familia á que atender, sus recursos, sus pérdidas y cuanto haya de contribuir al convencimiento de ser merecedor del beneficio de la ley; y natural es también que sea el tribunal el que haga la declaratoria, y solo se tenga como pobre para los efectos legales aquel en cuyo favor haya sido así hecha, como lo dispone el artículo 39.

Procedimiento. El artículo 40 establece el procedimiento. Conforme á él, en el escrito del peticionario debe promover el justificativo que ha de acreditar su pobreza; de suerte que debe formular su interrogatorio á los testigos que hubieren de declarar, expresando en las diversas preguntas los hechos precisos que conspiren á la demostración de no serle posible soportar los gastos del pleito ó de las diligencias ó actuaciones en los cuales ha de obrar la declaratoria. Con eso está dicho que ha menester declarar el asunto de que se trate, haciendo conocer al tribunal la demanda ó reclamación que se propone emprender, y sus fundamentos (si ha de ser actor) ó la demanda que contra él se haya propuesto, y la necesidad de su defensa (si tal es el caso) ó bien las gestiones en asunto no contencioso, y sus fines, que se ve precisado á hacer. También expresará en el escrito quien sea el expendedor de papel sellado, y la parte contraria en el juicio contencioso, para que el Juez ordene la citación, previa, de estas personas, á fin de que puedan ocurrir al acto de las declaraciones. A esas personas dá el artículo el derecho de repreguntar á los testigos, de tacharlos, de acusar bienes que tenga el pretendido pobre, y de promover todo cuanto conduzca á contrariar la solicitud, ó sea á demostrar que no es[illegible]en la situación de pobreza que pretende, como copia de escritura de de[illegible]ipra, de arrendamiento, de crédito etc., declaraciones de testigos, certif[illegible]ición de patente, etc. No limita la ley el número de testigos que pu[illegible] presentar el aspirante á la dectaratoria de pobreza, ni le fija término pe[illegible]rio; pero si el expendedor ó la contraparte hicieren oposición, y [illegible]su vez quisieren promover pruebas para sostenerla, se concederá el [illegible]ino de ocho días para el debate probatorio (lapso que será entonces co[illegible] á las partes)| si fuere pedido antes de librar el Juez su providencia so[illegible] declaratoria de pobreza. Nótese que la concesión de aquel término

Digitized by Google

es solo para el caso de pedirla el expendedor ó la contraparte, porque bien podría suceder que fuese tan manifiesta la pobreza que no hicieran oposición y aun que no asistiesen á pesar de habérseles citado; y entonces el promovente no tendría aquella limitación de término para evacuar su justificativo, practicadas, sí, las mencionadas citaciones.

El lapso de ocho días fijado en el artículo 40 puede á veces presentar dificultades, sobre todo en los asuntos de menor cuantía, que son los más comunes en la clase pobre, por ser en estos igual y á veces menor que aquel, el término probatorio. Si el expendedor de papel sellado ó la contraparte del pobre piden los ocho días en las diligencias sobre pobreza, á tiempo que el asunto principal está cursando en 1a instancia, el debate probatorio en este juicio puede concluir antes que aquel otro lapso, y la declaratoria de asistencia á reserva vendría tarde, y precisamente en ese tiempo en que ha de hacerse el mayor empeño para probar el derecho que se sostiene. ¿Como allanar esa dificultad? No declara nuestra ley, como la española, la petición de asistencia á reserva, como incidencia del juicio principal; pero tiene las previsiones de ésta, y resuelve tal dificultad en el artículo 45, según el cual, si el que aspira á la declaratoria de pobre ha sido ya demandado, promoverá la solicitud de pobreza en el acto de la contestación de la demanda, y el demandante tendrá que escoger, entre que siga cursando el asunto principal como si el peticionario estuviese ya asistido á reserva, sin perjuicio de lo que se declarase en definitiva sobre la pobreza, ó bien suspender el juicio principal. Sin tal previsión para el demandado pobre, se haría nugatoria la disposición de este Título que estudiamos, incurriéndose en lo mismo que él ha querido impedir: que el pobre no se vea condenado al sacrificio de sus derechos por falta de recursos para litigar.

Por supuesto, que las citaciones han de hacerse en la forma ordinaria, y que si la contraparte del pobre estuviere ausente, se acordará el término de distancia si la ausencia fuere de su domicilio, y aun se le nombrará defensor, llegado el caso, si estuviere ausente del país; así como si el pobre fuere el demandado, la citación de su contrario podrá hacerse en la persona del apoderado que haya constituido, pues que es en esta demanda donde ha de obrar sus efectos la declaratoria de pobreza.

En el caso de ser contencioso el asunto que exija la declaratoria no limita nuestra ley la oportunidad para promover aquella. Por eso, sea actor ó sea reo el pobre, podrá solicitarla antes de demandar ó de contestar la demanda, ó después, sea cual fuere el estado ó la instancia en que se halle el asunto. La ley española, rigurosa y muy reglamentaria en esta materia, exije que se pida la declaratoria antes de la demanda ó en la litis-contestación, pues si se solicita posteriormente requiere entonces la prueba de que el estado de pobreza ha venido después de entablado el pleito. Toma, parece, como prueba de la no necesidad del beneficio, el hecho de no haberse solicitado desde el principio. Nuestro Código es más liberal, y tiene para ello en cuenta el espíritu de nuestro pueblo, que prefiere de ordinario hacer el esfuerzo y el sacrificio, antes que ir á pedir un favor público, y se preocupa á veces con la idea de ser peor atendidos los asistidos á reserva que los que afrontan sus gastos, aunque sea con empeños y dificultades. A lo cual se añade que aquí, en el Distito Federal, los Jueces no cobran derechos por recibir sueldo del Gobierno. y que el papel sellado de actuación no es costoso; causas que influyen en que no sean frecuentes las solicitudes de asistencia á reserva.

Citación del interesado. Conforme al artículo 41 es indispensable que todos los que son ó han de ser partes contrarias del aspirante á la declaratoria o-bre, en el juicio principal, sean citados en las actuaciones, para aquella de a-toria; pues de otro modo ésta no tendrá efectos contra los no citados, ca le oponerse á ello, sea el expendedor de papel sellado, sea la contraparte. Ta s-posición obedece al principio tan conocido de que *res inter alios acta alteri no* t.

No se extiende la declaratoria. De la misma manera la declaración o-breza no puede extenderse á asuntos no comprendidos en ella, caso de i-

Digitized by Google

ción; lo cual quiere decir que no pueden pedirse ni otorgarse declaratorias generales, sino especiales para negocios determinados de un modo claro. Las primeras se prestarían al abuso, como que con ellas podrían promoverse impunemente pleitos injustos á cuantos se desease perjudicar ó molestar, y serían también ocasionadas á envolver una concesión mayor que la que se propone el Legislador, que es solo mientras exista la carencia de recursos para litigar. Y por otra parte ¿como podría un Juez apreciar la prueba, juzgar en conciencia de la necesidad de autorizar al peticionario para litigar asistido á reserva, si no le expone determinadamente el caso concreto que requiere esa autorización? No basta ser pobre para tener necesidad de litigar; y sobre todo si ha de ser actor, necesita el Juez que se le instruya del asunto, pues en el espíritu de la ley no pueden suponerse ni el propósito de facilitar pleitos temerarios ni el de hacer á los Jueces ciegos instrumentos para dar autorizaciones inconcientemente.

Casos de saneamiento y otros. Pero alguna explicación requiere la segunda parte de ese artículo 41, para entenderla rectamente. Casos hay en que en un pleito entre dos partes, vienen después á mezclarse legalmente terceros, como sucede cuando se cita de saneamiento ó garantía, ó cuando se propone una tercería oportuna. ¿Obra ó nó contra esos terceros la asistencia á reserva declarada para el pleito principal, ó pueden ellos exigir una nueva declaratoria? Nos parece indudable, que la declaratoria sigue produciendo todos sus efectos, porque no se trata en verdad de un asunto distinto de aquel para que se dió. Aquellos son incidentes del mismo negocio, surgidos de gestiones de terceros; y la autorización ó declaratoria, mientras no haya sido revocada legalmente, comprende todas las incidencias, todos los estados y todas las instancias. Creemos más, que comprende también todas las dependencias ó consecuencias del juicio principal, v. g, un concurso necesario que se forme sobre esa demanda principal, ó un juicio universal á que deba de acumularse esta. En todos esos casos, ni ellos han sido provocados por el asistido á reserva, ni éste hace otra cosa que defender sus derechos asistiendo por necesidad á esos otros juicios, para hacer uso allí de todas las facultades y recursos que las leyes le dan, como tachar créditos, discutir la graduación etc. Y en todo caso, si cualquiera de esos terceros, como la misma primitiva contraparte ó el expendedor de papel sellado, encontraren que el asistido á reserva ha mejorado de fortuna y puede sufragar los gastos del pleito, la disposición del artículo 46 les abre el camino para hacer cesar los efectos de la declaratoria de pobreza, en cualquier estado del asunto.

Caso de invalidación. ¿Necesitará el asistido á reserva una nueva declaratoria de pobreza para intentar la invalidación del juicio que siguió con aquel carácter? Tampoco la necesita en este caso, á nuestro modo de ver; porque aunque el recurso de invalidación se intenta y sigue por separado, está ligado tan íntimamente con el principal que es más bien una última incidencia de éste, de tal modo que las partes son las mismas, la materia y fundamentos se sacan del principal, y su fin es la reposición de éste, bien al estado de citación, bien al de sentencia. Para nosotros está en idéntico caso que el recurso de casación, en el cual sigue obrando la asistencia á reserva, ante la Corte llamada á conocer del recurso, de que no están excluidos los asuntos de los pobres si son de la cuantía requerida por la ley de la materia.

Caso de queja. ¿Y si el declarado pobre debiere intentar queja ó acusación contra algún funcionario que obró en la demanda principal, para que se le imponga responsabilidad como infractor de la ley en algún acto de ella, necesitará al efecto nueva declaratoria de pobreza? Pensamos que sí. En este caso se trata de ejercitar una acción enteramente distinta de aquella para que se le dió la declaratoria, contra persona diferente, y con un fin que en nada afecta aquel otro juicio. Allá se reclamaba ó sostenía un derecho de naturaleza civil contra un particular: acá se persigue la imposición de una pena, la responsabilidad de un funcionario, en un procedimiento que si no es esencialmente criminal, es por lo menos de naturaleza mixta, reglado entre los procedimientos especiales de los Códigos de Procedimiento Criminal y Civil.

Digitized by Google

Confírmanos en esa creencia el ver que el artículo 282 del primero de aquéllos establece que tanto las justificaciones de nudo hecho como las copias de los documentos necesarios para proponer acusación contra los Jueces ú otros empleados, sean á costa del solicitante; y luego manda practicarlas ó expedirlas sin exigir derecho alguno, cuando son pedidas de oficio ó *por algún asistido á reserva*. Estas palabras dicen, sin dejar duda, que se necesita la asistencia á reserva para la exención del pago de tales derechos, aunque el proposito del juicio que se vá á intentar sea más de naturaleza criminal que civil. Y ya que el artículo 41 del título que estudiamos, como hemos visto, quita todo efecto á la declaratoria de pobreza, así respecto de la contraparte no citada, como con relación á otro asunto no comprendido en élla, claro nos parece que la declaratoria primitiva para el juicio civil, no puede obrar efectos contra el Juez ó funcionario acusado, persona distinta de la contraparte en el juicio civil, en el nuevo proceso de la acusación. A lo cual se agrega la posibilidad de que el defensor dado al pobre no se preste á seguirle representando en ese nuevo negocio, y deba por tanto dársele otro para la acusación contra el Juez ó funcionario. Todo eso pone en claro, en nuestro sentir, la necesidad de la nueva declaratoria de pobreza, con citación del expendedor y del funcionario contra quien va á obrar, dada por el tribunal llamado á conocer de la acusación.

Actuación de pobreza. Los artículos 42 y 43 autorizan al pobre para obrar como tal en las mismas diligencias para justificar su pobreza. Su prueba se instruye, no en papel sellado sino en papel común, sin que los empleados judiciales puedan cobrarle derechos; pero es á reserva de la resolución que dé el tribunal definitivamente sobre la pretensión. Si fuere declarada sin lugar, por no haber mérito para ello, entonces tiene que reponer todo el papel común invertido con el sellado correspondiente, fuera de las penas que le imponga la ley sobre papel sellado, y tiene también que pagar los derechos judiciales que las actuaciones han causado. Nada mas justo, desde que se ha puesto en claro que no está en el caso de gozar de los beneficios de la ley, que son sólo para quien no puede sufragar los gastos del pleito. Y no necesitamos decir, por ser obvio, que los derechos á que se refiere el artículo son los arancelarios que tienen derecho á cobrar los funcionarios judiciales á quienes la ley se los acuerda. Si no gozan de ellos, claro es que no pueden cobrarlos.

Calificación de pobre. El artículo 44 dá á los Jueces la regla para la calificación de pobre, diciendo que sea declarado tal el que no tuviere los medios suficientes para litigar. Libertad completa de apreciación deja, pues, el legislador al tribunal, para que con buen criterio y pesando todas las circunstancias del caso, haga la declaratoria de modo justo y conciensudo. La ley española y otras dan una larga pauta á que ha de sujetarse el Juez, en la cual se detallan los distintos elementos que han de considerarse al efecto, como jornal que gana, contribuciones que paga, casa en que habita, etc. Pero las leyes casuísticas tienen siempre el inconveniente de que siendo imposible preveerlo todo, dejan mucho campo á la injusticia en favor ó en contra, fuera de la complicación y dificultades de la misma reglamentación. Es más expeditivo el sistema de nuestra ley: señala el rumbo, el punto de mira—no tener medios suficientes para litigar—y encomienda al Juez la apreciación de los hechos alegados que legitimen la conclusión, á la luz de ese principio.

Segun él, no son los que necesiten pedir limosnas para mantenerse, como define *Escriche* á los pobres de solemnidad, ni *los que non han valia de veinte maravedis*, á que se refiere la *ley 20 tit. 23 part 3ª*, los únicos que pueden ser declarados pobres, sino que entran en la calificación los que teniendo lo estrictamente necesario para vivir pobremente, carecen sin embargo de la posibilidad de hacer los gastos de un pleito. Quien tenga solo lo necesario para vivir con cierta comodidad, no puede decir que carece de recursos para litigar, pues bien puede reducirse á vivir menos cómodamente á fin de atender á esa necesidad que se le presenta, como atiende á cualesquiera otros gastos imprevistos. El legislador solo ha querido favorecer á aquellos que por no poder dejar

Digitized by Google

de llenar las primeras necesidads de la vida, no pueden sostener un pleito, y se verían forzados á abandonar sus derechos sin el favor de la ley. Desde el momento que existan cualesquiera bienes con cuya venta ó gravamen puedan obtenerse recursos, ó trabajo, venta, industria ó granjería que produzca más de lo necesario para vivir pobremente, no puede aspirarse á los beneficios de la ley. Todo está en valorar con acierto, prudencia é imparcialidad, para saber llenar cumplidamente el propósito de la ley.

El beneficio es personal. El beneficio de litigar asistido á reserva es puramente personal, é irrenunciable ni aun por expreso convenio, pues es de orden público. No puede por tanto ser trasmitido á otro. Así, si el que sigue un pleito en tal condición cede sus derechos á un tercero, éste no puede pretender ser también cesionario de ese beneficio legal. Y del mismo modo, si un litigante no asistido á reserva traspasa sus derechos á otro que pretenda ser declarado pobre para continuar el litigio, por compra voluntaria, á éste no puede acordarse el beneficio, porque no es justo obligar á la contraparte á consentir en la sustitución de un irresponsable, ni los favores de la ley son para negociar con ellos, tomando de propia cuenta pleitos agenos. Otra cosa sería si el pobre en una reclamación contra uno, se viere forzado á aceptar en pago derechos litigiosos con un tercero; pues entonces estaría en la misma necesidad para hacer efectivo su derecho, previsto por la ley en su favor.

Sociedades y Compañías. Por lo mismo que el beneficio es puramente personal tampoco se extiende á las sociedades ó compañías de que haga parte el beneficiado. Mas, en cuanto á la sociedad conyugal, como según las leyes que rigen, el producto de los bienes propios ó de la industria de cualquiera de los cónyuges se hace común, no basta para la asistencia á reserva de un cónyuge, que él no tenga ningunos bienes ni productos, sino que deben tenerse en cuenta los que tenga ó adquiera la sociedad ó el otro cónyuge.

Litis entre cónyuges. Ahora si se trata de una litis de la mujer contra el marido, ó en que éste no la represente por incompatibilidad, no teniendo aquélla, por sí, bienes ni recursos ¿podrá ser asistida á reserva si el marido los tuviere? Creemos que éste debe ser compelido á dar litis expensas, porque mientras no exista el divorcio legal y no haya separación de bienes hecha también legalmente, tal carga corresponde al marido como administrador. Pero en el caso de que la acción de los tribunales fuere ineficaz para hacer dar las expensas oportunamente por no haber bienes tangibles para ejecutar la medida ¿que se haría para resguardar los derechos de la esposa? En nuestro concepto si el marido es demandante, habría lugar á suspender el curso de su demanda mientras no consignare las expensas suficientes; y si la esposa fuere la actora, quedaría entonces justificada la asistencia á reserva en su favor, sin perjuicio de continuar las gestiones para hacer entregar al marido las litis-expensas.

Representación del hijo. ¿Y que se dirá de la representación del padre por el hijo que tenga bajo su potestad? ¿Podrá pretender la asistencia á reserva cuando el hijo sea pobre, aunque él no lo sea, ó viceversa? Opinamos que también se necesita la carencia de recursos en uno y otro para la asistencia á reserva; porque si el padre tiene bienes y nó el hijo, como á aquél dá el Código Civil el derecho y el deber de representar á éste y como se aprovecha de los servicios de éste mismo, gozando de la patria potestad, natural es que cargue con los gastos de la defensa del hijo, ya que *incommoda secuntur commoda;* y si el hijo tiene bienes y nó el padre, justo es que los asuntos de aquél se defiendan á su costa, á más de que el padre goza de los usufructos según disposiciones expresas del dicho Código; y falta, por tanto, la razón de la asistencia á reserva, que es la carencia de medios para litigar. Y en este mismo caso, aun siendo la demanda personal contra el [illegible] la disposición de aquellos artículos obstaría al beneficio de la ley,

Digitized by Google

salvo el caso excepcional de que los bienes del hijo proviniesen de donaciones de terceros sujetas á tales condiciones que produjesen en el padre el resultado de la imposibilidad de la defensa por falta absoluta de recursos.

Establecimientos de beneficencia. Los establecimientos de beneficencia, por regla general, son considerados como pobres, pues por grandes que sean sus ingresos, todos ellos se deben al objeto de su institución para extender más y más sus favores, que nunca, sin embargo, llegarán á alcanzar para todos los que han menester de ellos en la sociedad. Por eso creemos, siguiendo opiniones de otros, que tienen derecho á ser asistidos á reserva, los hospitales, hospicios y otros establecimientos de este género, caso de que las leyes que los creen no lo declaren expresamente.

Fisco. Según algunas disposiciones del Código de Hacienda, el Fisco nacional goza de varios de los beneficios de pobre, pues usa de papel común en lugar del sellado, y está exento del pago de derechos. Como el Tesoro público se forma principalmente de las contribuciones de los asociados, y su objeto es atender á necesidades de la sociedad, nos parecen naturales aquellos privilegios. Pero á nuestro juicio no pueden extenderse á todo lo que á los pobres se concede, porque sería injusto pretender el nombramiento de persona que defendiese gratuitamente al Fisco, ya que existen ó deben existir empleados que devengan sus sueldos, á cuyo cargo deben correr esas defensas.

Apelación. La decisión del Tribunal, acordando ó negando la asistencia á reserva, es apelable; pero deberá oirse en ambos efectos la del solicitante, cuando se le niega, y en un solo efecto la del expendedor ó la de la contraparte cuando se acuerda. En este último caso la ejecución es de naturaleza urgente. Todo de acuerdo con las disposiciones de este mismo Código, sobre apelaciones.

Art. 45. Si el que aspira á la declaratoria de pobre ha sido ya demandado, promoverá en el acto de la contestación de la demanda aquella declaratoria, y el demandante deberá en el mismo acto escoger entre paralizar desde luego la demanda, ó que ésta continúe, gozando el demandado de los beneficios de la asistencia á reserva, como si se le hubiere acordado ya, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva sobre la declaratoria pedida, ó de que se le retire el beneficio, si no le diere curso á sus diligencias sobre ella.

Art. 46. En cualquier estado de la causa en que intervenga el que esté asistido á reserva, podrán probar la contraparte ó el expendedor de papel sellado que aquél ha venido á mejor fortuna; y si el tribunal, juzgando sumariamente, encontrare suficiente la prueba, mandará cesar los efectos de la declaratoria de pobreza.

ESTUDIO 16.

ANTECEDENTES.

El artículo 45 es tomado de la Ley española, y el 46 es el 80 del [illegible] de 1873.

Digitized by Google

EXPLICACIONES.

Con el artículo 45 se ha resuelto una dificultad que pudiera ocurrir, y de la que hemos hablado atrás.

Cesación del beneficio. Respecto del 46, siendo principio de derecho que *cessante causa cessat effectum*, es lógico que al llegar á mejor fortuna el declarado pobre, por faltar la razón de la ley, debe cesar el favor de ésta. Pero para que el tribunal pueda declararlo así es menester que se haga la prueba del hecho de haber venido á mejor fortuna, en una articulación breve y sumaria en que tengan audiencia todas las partes.

De suerte que el asistido á reserva, debe ser citado previamente, y se le admitirán las pruebas con que quiera contrariar la pretensión; fijándose, si se pidiere, un término que no exceda de ocho días. Nótese que ese debate no va á versar sobre si tenía ó nó medios suficientes para litigar, pues ese punto quedó juzgado, y no se trata de revivir esa misma discusión ó revisar lo que antes se hizo; sino de si en efecto ha mejorado ó nó de fortuna, conforme á los mismos términos del artículo. Si no se llega, pues, á probar ese hecho de haber mejorado de fortuna, la declaratoria que se hizo antes sigue produciendo sus efectos. Y natural es, que si en las primeras diligencias se resolvió no haber lugar á la asistencia á reserva, por falta de la prueba bastante respecto de la carencia de medios para litigar, pueda el pobre intentar de nuevo su solicitud, probando haber venido á menos, ó haber empeorado de situación; porque así no se va á levantar la ejecutoria de la primera decisión, sino á juzgar sobre nuevos hechos, sobre una posición distinta en la condición del solicitante. Y así como se admite á sus contrarios á intentar la prueba de mejor fortuna, la igualdad exige que se le admita á su vez á demostrar el haber venido á menos, ó haber empeorado de situación.

Por de contado, que en esas nuevas articulaciones, se admiten las apelaciones en el mismo sentido que antes explicamos; esto es, en ambos efectos, si se mandan cesar los efectos de la asistencia á reserva, y en un solo efecto en el caso contrario.

Art. 47. El que obtuviere declaratoria de pobreza disfrutará de los beneficios siguientes:

1º El de usar para su defensa papel de la clase señalada á los pobres, ó en su defecto, papel común.

2º El de que se le nombre persona que lo defienda gratuitamente, si así lo exigiere.

3º El de exención del pago de toda clase de derechos á funcionarios de los tribunales y juzgados, y del impuesto de capillas.

4º El de dar caución juratoria de pagar, si viniere á mejor fortuna, en todos los casos en que por este Código se exije caución depósito de una cantidad de dinero.

Digitized by Google

Art. 48. Para el nombramiento de defensor, el interesado indicará los procuradores ó abogados que por tener opinión favorable á sus pretensiones puedan encargarse de la defensa, y en uno de éllos recaerá el nombramiento.

El declarado pobre podrá indicar para defensor, á persona que no sea abogado ó procurador, cuando entre éstos no halle quien se encargue de su defensa.

Art. 49. El que haya litigado asistido á reserva, quedará obligado á satisfacer el papel sellado, honorarios y demás costas que hubiere causado ó en que hubiere sido condenado, cuando venga á mejor fortuna.

ESTUDIO 17.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Los artículos 47 y 49 son los mismos del Código de 1873, y el 48 es nuevo.

Leyes de papel sellado de 46, 47, 50 y otras derogadas, disponían: «Los pobres de solemnidad, admitidos como tales en los tribunales, no están obligados á usar de papel sellado.»

Ley de Colombia de 11 de mayo de 1825:

« Art. 129. Las Cortes Superiores de Justicia nombrarán al principio de cada año el número bastante de abogados para la defensa de las causas civiles y criminales de pobres, que ocurran ante los tribunales y Juzgados de 1ª Instancia del mismo lugar donde resida la Corte Superior que los nombrare. »

« Art 130. En los pueblos donde no resida Corte Superior de Justicia, los Juzgados de 1ª Instancia nombrarán para la defensa de pobres en las causas que ocurran, un abogado, y en su defecto un vecino de probidad é inteligencia. »

Derecho Español. *Ley 3ª, tit. 13, lib. 5º Recop. de Ind.:* « Puede suceder que por ser pobre la parte en cuyo favor se ha de ejecutar la sentencia de revista, sin embargo de la segunda suplicación, no halle fiadores, y aun la parte contraria conociendo que no se le ha de librar la ejecutoria sin fianza, interponga la segunda suplicación para no desembolsar con esta ocasión lo que conforme á la sentencia debe pagar. Mandamos que precediendo información de pobreza, con citación del Fiscal y de la parte, suceda la caución juratoria en lugar de fianza real, verdadera, y así se ponga en autos. »

Ley 2ª, tit. 24, lib. 10, Novis. Recop.: « A todos los pobres de solemnidad se les permite que en todo lo judicial usen del papel del sello 4º con e no paguen más que 4 maravedís de cada pliego entero y 2 mara s de cada medio pliego, y en los que han de servir para este efecto se e poner la inscripción siguiente: PARA POBRES DE SOLEMNIDAD, porque dan servir para otra cosa. »

Ley 6ª, tit. 6º, part. 3ª: « Biuda e huerfano o otras personas c s han de seguir á las veses en juicio sus pleytos. E porque aquellos con nes han de contender son poderosos, acaesce que non pueden fallar a' o

Digitized by Google

que se atreva á razonar por ellos. Onde decimos que los judgadores deben dar abogado á qualquier de las personas sobredichas, que gelo pidiere. E si por aventura fuesse tan cuytada personna que non oviesse de que lo pagar, devele mandar el judgador que lo faga por amor de Dios, e el abogado es tenido de lo faser. E si la parte oviere de que pagar al abogado, entonce decimos que se deve avenir con ella. »

Ley 2ª, tit. 24, libro 10, Novis. Recop.: « Y si el pobre obtuviere sentencia en su favor con condenación de costas, la parte condenada pague el valor del papel sellado por su justo precio».

DERECHO ROMANO. *XVII. Art. 2º, tit. 1º, lib. III. Pand. Pothier, tomo 3º, pgs. 13 y 16:* « Viceversa etiam honoratis viris advocationis officium per mittur, sed *omnino gratuitum.*»

« Ex antiguo Romuli instituto, mos erat ut plebeii aliquem ex patriciis in patronum sibi cooptaren. Is patronus clientes, quos in fidem suam sus ceperat, tuebatur; nenon in judiciis defendebat, *nulla accepta mercede. Plut. in Rom.* Cum autem diebus natalitiis kalendarum januarii et saturnalium, solerent amici sibi invicem munuscula mittere hœc sponte á clientibus oblata patroni accipiebant. Verum glicente avaritia, cum patroni á clientibus suis grandiores summas exigerent, lata est lex Cincia quæ vetuit *ne quis ob causam orandam donum munusve capiat.* »

L. 1, § 4, Ulp. lib. 6º, ad ed. « Eos autem qui nec pro se portudare possunt non relinquit prœtor indefensos. Nam ait prætor: si non habebunt advocatum, ego dabo. Nec solum his personis hanc humanitatem prætor solet exhibere; verum et si quis alius sit qui certis ex causis, vel ambitione adversarii, vel metus, patronum non invenit. »

Textos que dicen en sustancia: que se permitía á las personas honorables el oficio de abogados, pero gratuito; y que en tiempo de Rómulo era la costumbre ponerse los plebeyos bajo el patronato ó patrocinio de algún patricio que les defendía *ad honorem* y no por estipendio; pero que como se fué introduciendo la costumbre de hacerles pequeños regalos en su natalicio y otros días, se desarrolló en algunos patronos la avaricia y llegaron á exigir grandes sumas á sus clientes, por lo que la Ley Cincia prohibió aceptar remuneración por las defensas: y que al que no tenía abogado dábaselo el pretor, el cual extendió su humanitario proceder á darlo también á aquellos que por temor á un adversario ambicioso, no encontraban patrono.

EXPLICACIONES.

Expone el artículo 47 los beneficios de que disfruta el declarado pobre, por virtud de la declaratoria.

Primer beneficio. Es el primero el de usar para su defensa papel de la clase que la ley sobre papel sellado señale á los pobres. Cada Estado tiene su ley sobre papel sellado que ha de usarse en su territorio, de manera que deberá atenderse á lo allí determinado en el particular. Pero, si como sucede hoy en el Distrito Federal, la ley no hace tal designación, deberá usar papel común, como lo expresa ahora el referido artículo.

Y natural es esto último, porque como el papel de última clase designado _ los juicios de menor cuantía, como gravamen proporcional á élla, lo usan litigantes pudientes, no habría diferencia alguna entonces entre éstos os declarados pobres; y porque al establecer el legislador que el Fisco y militares en campaña usen papel común, no sería justo exigir más á en ha probado carecer de recursos para litigar, ni sería lógico hacerles de condición que aquéllos, aun en los negocios de mayor cuantía.

Digitized by Google

De ordinario tiene el pobre algún amigo ó persona caritativa dispuesta á patrocinarlo, cuando ésta forma opinión favorable de su asunto; pero puede suceder que carezca de ese representante, y se vea en la necesidad de pedir que se le dé quien lo defienda gratuitamente. En tal caso el Juez debe nombrárselo; y es este, el segundo beneficio con que la ley lo favorece. La ley le da ahora el derecho de indicar las personas que puedan defenderlo para que sea nombrado el defensor y aun el de designar á quien no sea abogado ó procurador, cuando no encuentre alguno de éstos, á fin de facilitar la elección de quien acepte.

El nombrado está obligado á aceptar, sobre todo si es abogado ó procurador, porque así se lo impone el artículo 20 de la Ley de Abogados y Procuradores; pues en todo tiempo se ha considerado un deber de la profesión el amparo de los desvalidos; y porque para los que no lo sean, los asociados están sujetos á cargas como esa y otras, que la necesidad ó consideraciones de cierto orden, imponen. Mas no quiere eso decir que no deban admitirse las excusas legítimas, á juicio del Juez, como imposibilidad física, por enfermedad, ausencia necesaria, etc.; excusa cuya comprobación tiene el Juez la facultad de exigir, si lo juzgare necesario.

Excusa del defensor. ¿La falta de aptitud en el nombrado podrá alegarse como excusa legítima? Creemos que siendo seria, explicada, deberá ser aceptada; pues, aun partiendo de la base de que el tribunal no escogerá para el encargo, persona absolutamente indocta, puede suceder que el asunto por su naturaleza ó por circunstancias, sea tan complicado y difícil que requiera conocimientos y práctica forenses: en tal caso el mismo interés de la defensa recomienda la admisión de la excusa para buscar defensor competente.

¿Y la creencia del abogado ó procurador nombrado, de ser injusta la causa para que se le ha elegido, podrá darse por excusa legítima? Como las leyes imponen al abogado y procurador el deber de no patrocinar causas contra derecho, ó que juzguen injustas ó insostenibles, y como nadie debe obligarse á obrar contra los dictados de su conciencia, los Jueces han de estimar la excusa prudencialmente, y si, bien comprendido y pensado todo, resulta en su sentir, que no se ha tratado de eludir un deber, sino de exponer una convicción honrada, formada con todo el estudio y atención del caso, harán bien en respetar la opinión del excusado, pues una defensa impuesta en tales condiciones, convertiría el beneficio de la ley en un mal positivo para el declarado pobre.

Los artículos 41 á 49 de la Ley de Enjuiciamiento española establecen un largo procedimiento para el caso de juzgar el defensor nombrado, ser insostenible el asunto. Peligrosísimo sería para nosotros ese procedimiento, porque es ocasionado á diafanizar y divulgar los medios de defensa que se proponga emplear el pobre, obligándole á presentar relación circunstanciada de los hechos, y expresión de aquellos medios y aun de los documentos justificativos, para hacerlos examinar con miembros del Colegio de Abogados ó con otros letrados extraños, cuando el nombrado formare opinión desfavorable. La reserva es condición indispensable en los negocios judiciales, y ha de ser mayor á proporción de la importancia de los intereses que van á ventilarse. Injustificadas serían entre nosotros tamañas exigencias que dan lugar á intrigas del contrario y exponen á ser condenado á priori al asistido á reserva, y á perder definitivamente su causa; y la razón y la prudencia, y el mismo favor que se propone hacerle el legislador, no aconsejan pasar de imponer al nombrado el deber de consultar privadamente á otros compañeros, de recomendar al mismo interesado buscar quien acepte el encargo, para nombrarlo, y de seguir eligiendo personas de reconocida probidad y de merecido crédito que podrán persuadir privadamente al asistido á reserva de su sinrazón, y hacerle desistir de sus pretensiones, si tal es su sentir. En la misma España ha sido ese sistema censurado por unos y sostenido por otros, como medio

Digitized by Google

de impedir pleitos temerarios, á la sombra de asistencia á reserva, según el comentador *Manresa*.

El tercer beneficio acordado por el artículo 47 es la exención del pago de toda clase de derechos á los funcionarios de los tribunales y juzgados. La ley de arancel, de 30 de marzo de 1850, en su artículo 2º traía la siguiente disposición, que es hoy la del artículo 769 de este Código, concordante con la del nº 3º á que nos referimos: "No se exigirán derechos algunos á los pobres de solemnidad admitidos como tales en los tribunales y juzgados." Y como esa ley da la regla para el pago de los derechos de Jueces, Conjueces, Secretarios, expertos, contadores y partidores, acesores, depositarios etc., claro es que ninguno de tales derechos podrán ser cobrados al asistido á reserva.- Nada decía antes el Código sobre el uso de estampillas en los negocios judiciales de aquél. El artículo 47 en el nº 3º expresamente incluye esa gracia. En el espíritu de la ley estaba también la exoneración de esta especie de contribución; pues comprobada á satisfacción del tribunal la incapacidad de sostener pleito por carencia de recursos, el propósito del legislador no ha sido otro que libertarlo de toda carga capaz de impedir al pobre la defensa de su derecho, entre las cuales está el uso de estampillas en sus certificaciones, escritos y demás documentos ó actas del juicio. No podía el legislador hacer á medias el beneficio de que se trata, que tiene por fundamento el interés público en materia tan vital como la administración de justicia á todos los asociados. Lo mismo creemos deber decir de la indemnización á los testigos de que el pobre haya de valerse para su prueba. *Sanojo*, confesando que varios expositores modernos opinan en aquel mismo sentido, cree lo contrario, fundándose en que la letra de la ley resiste aquella opinión, Nosotros nos atenemos al espíritu antes que á la letra de la disposición, porque aquél está tan manifiestamente expresado en toda la trabazón de la ley, que es imposible sacrificarlo. Si al defensor, que ha de ocuparse, nó horas, ni días, como el testigo para dar su declaración, sino meses y aun años, si preciso fuere, se impone el deber de defender gratuitamente, no siendo funcionario público, no concebimos tal excepción en favor del testigo, porque no lo sea. De ella resultaría más bien una verdadera inconsecuencia injustificable. Otra cosa será cuando se trate de persona que no tiene ningun deber para con la justicia, como sería un extraño á quien se encargase por el pobre de hacer alguna diligencia, sacarle alguna copia, etc.: aquél no tiene porque servirle gratuitamente, como no tendría un almacenista la obligación de regalarle papel común y pluma y tinta etc., para sus trabajos.

Caución juratoria. El 4º y último beneficio concedido por la ley al asistido á reserva es el de dar caución juratoria de pagar, si llegare á mejor fortuna, en todos los casos en que por este Código se exije caución ó depósito de una cantidad de dinero. La disposición de ese número tiene aplicación en los casos del artículo 368, que dice: "Los asistidos á reserva basta que presten la caución juratoria," tratándose de secuestro, arraigo ó afianzamiento.

¿Y qué diremos de los casos del artículo 59 de este mismo Código? Este artículo declara sujeto á las resultas del juicio, dando caución si re necesario, á todo el que represente sin poder: esto es, como actores, padre ó la madre por su hijo, y viceversa, si éste tiene 21 años cumpli- : el heredero por su coheredero en las causas de la herencia; y el co- nero por su condueño en lo relativo á la comunidad: y como reo, cual- era que desee representar á éste, si tiene las cualidades para apoderado icial. Esa disposición tiene por objeto asegurar la eficacia del juicio, á ual no se opone el beneficio que quiere la ley dispensar al pobre. ¿Se a de la defensa del mismo pobre? El puede conferir poder, sin gastos o hemos visto, al encargado de su defensa, si lo tiene; ó se lo dá el ...l si no lo tiene, y entonces el nombramiento sirve de poder. ¿Se

Digitized by Google

trata de representar el pobre á uno de aquellos por quienes puede obrar sin poder? Su asistencia á reserva es personal y nó para representar á tercero, por lo cual no se opone á aquella asistencia la caución que se le exije en este último caso, sin la cual no se le admitiría á tal representación de tercero; á más de que está en la mano de esos otros dar el poder que estimen conveniente.

Casos de recusación. ¿Están comprendidas en la disposición de ese artículo las multas que imponen la ley en los casos de recusación? El artículo 138 de este Código dice: "Declarada sin lugar la recusación, ó desistiendo de ella el recusante, pagará este una multa de cien bolívares, si la causa de la recusación no fuere criminosa ni de manifiesta mala fé, y de cuatrocientos bolívares si lo fuere. Si el recusante no pagare la multa dentro del tercero día, sufrirá un arresto de tres días en el primer caso, y de doce en el segundo." El 140 dice: "Aunque no se haya agotado el derecho de recusación, no se admitirá nueva recusación á la parte que no hubiere satisfecho la multa de que habla el artículo 138, ó sufrido el arresto que expresa ese mismo artículo" Y el 142: "Son inadmisibles: la recusación que etc . . . . . ó la que se intente sin pagar la multa ó sin sufrir el arresto en que se haya incurrido en una recusación anterior, según el artículo 138." Se trata, pues, de una pena al que ha abusado de un derecho, y como no tiene la asistencia á reserva por objeto facilitar el empleo de tales medios, no puede ser sustituida la pena con una simple caución juratoria, máxime cuando la misma ley sustituye la multa con arresto. A élla tendrá por tanto, que resignarse el pobre, para poder conservar el derecho á nuevas recusaciones.

Mejora de fortuna. Según el artículo 49 el favor de la ley viene á ser condicional: remedia la necesidad en el momento que existe; pero deja sujeto al favorecido á satisfacer al llegar á mejor fortuna, lo que no pagó cuando carecía de recursos. Nótese que la condición de la ley no es la de ganar su pleito porque puede suceder que aun triunfando, no mejore de fortuna, como sucedería, por ejemplo, al defenderse de una obligación que quisiese imponérsele. Si con el éxito mejora de fortuna, ó por cualquiera otro medio alcanza esto, justo es entonces que pague cuanto debió pagar. Pero si al vencer á su contrario, aunque no mejore de fortuna, fuere condenada la contraparte en las costas del juicio, activando la ejecución hasta lograr que aquella satisfaga todo, claro que queda el pobre libre de la obligación de pagar él, que resulta así extinguida. La contraparte no puede excursarse del pago alegando que el pobre no ha hecho ningún gasto; pues ni la ejecución es en tal caso para reembolsar á aquél, sino para que se cubran la renta del papel sellado, los funcionarios y el abogado defensor, y cualquier otro que tenga derecho; ni el favor de la ley para el pobre, puede convertirse en provecho de su contrario, mejorando su condición de temerario, con otra nueva temeridad, en perjuicio de aquellos legítimos interesados.

Art. 50. Es competente para hacer la declaratoria de pobreza el Tribunal que lo sea para conocer del negocio á que se refiere dicha declaratoria.

ESTUDIO 18.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO. El artículo copiado es el mismo de los Códigos de 73 y de 80, sin alteración.

Digitized by Google

EXPLICACIONES.

Competencia para la declaratoria. La disposición de este artículo está en armonía con el objeto de la ley, pues con ella se dan facilidades para alcanzar el beneficio, sin tener que ir á buscar para la declaratoria un Juez distinto del que conoce ó ha de conocer del asunto principal, y quizás residente á no pequeña distancia: de modo que si el asunto es de la competencia de un Juez de distrito ó departamento, ó de un Juez de parroquia, á él se ocurre, y no al Superior. Por lo cual, si el negocio cursa ya en los tribunales de apelación, sea en segunda, sea en tercera Instancia, ó sea en la Corte de Casación, habrá de pedirse la declaratoria al que esté conociendo actualmente, para que aquélla produzca sus efectos desde allí en adelante, hasta la ejecución inclusive. Pudiera encontrarse el tropiezo de que en esos Tribunales de alzada, y más en el de Casación, fuese difícil al interesado, distante de su domicilio, encontrar testigos que le conociesen y pudiesen atestiguar sobre su estado de pobreza, y hasta que el expendedor de papel sellado del lugar donde residen esos Tribunales, estuviese en incapacidad de usar de los derechos que la ley les dá para gestionar lo conducente á contrariar la solicitud; pero tal dificultad es perfectamente allanable, promoviendo el justificativo en el lugar del domicilio, con citación del expendedor de allí y de la contraparte, que naturalmente deben ó pueden conocer al solicitante y tomar todos lo informes del caso; y con tal justificación venir al tribunal superior para que con su mérito acuerde ó nó la declaratoria. Esa facultad de los tribunales superiores nos parece comprendida en el artículo, y ser consecuencia de los principios que vienen consignados en el campo todo de la ley; sin que pueda decirse que se priva al pobre de los recursos de alzada, pues conociendo en los tribunales colegiados de la solicitud á que nos referimos, el sustanciador, que es el presidente, há lugar á apelación ante el tribunal pleno.

TITULO II.

DE LAS PARTES.

Art. 51. En el juicio civil las partes deben ser personas legítimas y pueden gestionar por sí mismas ó por medio de apoderado.

Art. 52. El poder para actos judiciales debe constar en forma auténtica.

Puede constituirse ante un juez, ó ante el funcionario que tiene la atribución de autorizar las exposiciones de las partes en el tribunal donde cursa el asunto, en la forma siguiente: N. N. vecino de . . . . . y mayor de veintiun años, confiere su poder á N. N. para que le represente y sostenga sus derechos ante los tribunales competentes en todos sus asuntos judiciales (ó en tal asunto, señalado) sin limitación alguna (ó sujetándole á las instrucciones que le comunique privadamente en lo que no sea opuesto á leyes). El Juez, (ó secretario ó canciller, etc.,) que suscribe, certifica que conoce al poderdante y que este acto ha pasado en su presencia, quedando anotado bajo el número . . . al folio . . . del registro respectivo. (El lugar, y la fecha en letras). El Juez (ó secretario ó canciller etc.) N. N.—El poderdante. N .N.

Digitized by Google

Si el poderante no sabe ó no puede firmar, lo hará por él un tercero, expresándose esta circunstancia en el poder.

Art. 53. Los jueces y demás funcionarios que estén facultados por el artículo precedente para autorizar poderes, llevarán un registro foliado, en que, sin dejar claro alguno, tomen razón de cada poder y sustitución que ante ellos se otorgue, bajo una numeración continua, expresando el nombre del otorgante y del apoderado, y el objeto del poder. En éste deberán necesariamente poner la nota de que habla el artículo precedente.

Mensualmente remitirán copia de estos registros á la Oficina de Registro respectiva, para que se archive.

El Registrador acusará recibo de esta copia dentro de veinticuatro horas.

El que faltare al cumplimiento de las disposiciones que preceden, incurrirá en una multa de ciento veinticinco bolívares por cada falta.

Art. 54. Si el que otorga el poder lo hace á nombre de otro, debe presentar al juez ó funcionario que autoriza el acto, el documento que legitima su representación; y el mismo juez ó funcionario lo copiará y certificará á continuación.

Art. 55. Si el poder ha sido otorgado en país extranjero, debe tener las formalidades establecidas en ese país y venir además legalizado por un magistrado del lugar ó por otro funcionario público competente, así como también por el funcionario consular de Venezuela, ó en su defecto, por el de una nación amiga. En caso de haberse otorgado en idioma extranjero, se le traducirá al castellano por un intérprete jurado.

Puede también otorgarse el poder ante el Agente consular de la República en el país del otorgamiento, sujetándose á las formalidades establecidas en el presente Título.

Art. 56. Cuando el apoderado tenga que hacer uso del poder fuera del departamento ó distrito en que ha sido otorgado, lo registrará en la Oficina de Registro respectiva, en la que se le pondrá la nota correspondiente, con su firma y sello.

ESTUDIO 19.

ANTECEDENTES.

Derecho patrio. Los artículos copiados son los mismos 12 a 17 de los *Códigos de 1873 y de 1880* con pequeñas alteraciones.

El artículo 12 era tomado del artículo 1° del *Código de 1838*, con alguna variación de redacción: el 13, del 2°, adicionado el §: el 14 no está en el

Digitized by Google

Cód. de 38: el 15 es tomado del 3°: el 16 del 4° con variación de redacción y el 17 tomado del 5º que contenía un § sobre libro de registro de poderes. (*)

Ley de Colombia de 13 de mayo de 1825, Cap. 2, art. 7, § único. "El apoderado en el caso de este artículo (juicio de conciliación) podrá constituirse especialmente por una carta poder dada por ante uno de los alcaldes municipales ó parroquiales, quienes en ningún caso podrán exigir por este acto derechos algunos."

La misma ley *Cap. 3, art. 20, § único.* "Los apoderados para intervenir en los juicios verbales de que trata este capítulo pueden constituirse conforme á lo dispuesto en el § único del artículo 7°.".

La ley de 25 de Abril de 1846, derogada después, decía en su artículo 29: "Los que no sean abogados ó procuradores recibidos con las formalidades de esta ley, no serán admitidos en los tribunales y juzgados de la República como patrocinantes ó agentes de los derechos ó asuntos de otros."

La ley de 30 de Abril de 1849, que derogó la arriba citada, disponía en su artículo 15: "La existencia de abogados no podrá jamás privar á los venezolanos de la libertad que tienen de defender sus negocios por sí mismos ó valiéndose de cualquiera otra persona que merezca su confianza."

DERECHO ESPAÑOL. *Ley 1ª, tit. 28, libro 2, Recop. de Ind.* "Mandamos que en cada una de las audiencias y chancillerías Reales de las Indias haya número señalado de procuradores, y no más."

Ley 2 id. "Ningunas personas puedan usar ni usen en nuestras Audiencias oficios de procuradores, ni se entrometan á hacer peticiones ni despachar negocios en ellas, si no tuvieren títulos ú orden nuestra para los poder usar y exercer".

Ley 10ª id. "Otro sí los procuradores no hagan peticiones sin firma de abogado, salvo de rebeldías y para concluir pleitos y otras semejantes, pena de dos pesos para los estrados."

Ley 2ª tít. 5º part. 3ª "Todo ome que fuere mayor de veinticinco años e que non estoviere en poder de otri, assí como de su padre ó de su guardador ó fuere libre e en su memoria, puede fazer personero sobre pleyto que le pertenezca".

Ley 14. tít. 5º part 3ª "Porque los judgadores sean ciertos quando la carta de la personería es cumplida, queremos decir en esta ley en que manera debe ser fecha. E dezimos que tal carta puede ser fecha en tres maneras. La primera por mano de escrivano público de Concejo. La segunda por mano de otro escrivano qualquiera, e que sea sellada con sello del Rei, ó de otro Señor de alguna tierra, ó de Arzobispo, ó de Obispo, ó de otro Perlado qualquier, ó de Maestre de alguna órden ó de otro Sello de algun Concejo. La tercera manera es quando alguna de las partes face su personero delante del Judgador, e mándalo escrevir en el rejistro del alcalde ante quien lo faze primero. E quando la carta de la personería fuere fecha por mano de escrivano público ó sellada con alguno de los sellos sobredichos, deve ser escrito en ella el nome de aquel que faze el personero. E el de aquel á quien otorga la personería. E el nome de su contendor. E el pleyto sobre que lo faze su personero. E el juez ante quien se ha de librar el pleyto. E quel otorga poderío

---

(*) Como nuestro primitivo Código de 1836, fue reformado en 1838, y se hicieron ediciones de éste, posteriormente, entre ellas, las que sirvieron á Castillo y Viso para su obra de 1851, y á Sanojo para sus comentarios de 1857, al citar en estos estudios el Código de 1838, nos referimos á la dicha obra de Castillo y Viso, que inserta las disposiciones vigentes para entonces.

Digitized by Google

de demandar e de responder, e de conoscer e de negar. E deve decir en fin la carta que estará por quanto fiziere e razonare el personero en aquel pleyto. E que obliga á sí e á todos sus bienes para cumplir todo lo que fuere juzgado contra él en aquel pleyto. E sobre todo debe ser escrito en ella el lugar, e el dia e la era en que fué fecha. Mas quando alguna de las partes fiziere su personero delante del judgador, en la tercera manera que desuso diximos, abonda que diga e sea escrito en los actos: fulan faze su personero á fulan en el pleyto que ha ante fulan alcalde, contra tal su contendor. Ca por tales palabras como estas ha el personero tan acabado poder para comenzar e seguir el pleyto como si fuessen y dichas e escritas todas la otras cosas que desuso diximos. E si la carta fuere fecha de mano de escrivano público, deven ser escritos los nomes de los testigos ante quien fué mandada facer".

Ley 1ª tit 31, lib. 5. Nov. Recop . . . . "y que en las nuestras Audiencias ninguna persona haga auto, ni de petición, ni se reciba. si no fuere de los dichos procuradores del número y examinados como dicho es; y que el que usare del dicho oficio, sin ser examinado y recibido, como dicho es, no pueda ser mas procurador de causas ante juez."

Ley 3ª dichos tit y lib. "Ordenamos y mandamos que ninguno de los procuradores no haga auto ni den petición sin traer poder de sus partes, y presentado y firmado por bastante del letrado de la Audiencia."

Ley 3ª tit. 3, lib. 11. Nov. Recop. "Porque acaesce muchas veces que se hacen procesos baldíos por los que se dicen procuradores de los actores ó reos, que no lo son, ó no tienen poderes bastantes; y habiendo fecho y gastado en los dichos pleytos muchas costas y gastos, despues de pasado mucho tiempo se anulan y dan por ningunos por defecto de los poderes, de que á las partes se recrecen muchas costas y reciben mucho daño; ordenamos y mandamos que luego que los dichos procuradores parecieren á poner demanda ó á responder á ella, traigan sus poderes; y antes que se presenten en juicio los abogados de las partes les señalen en las espaldas, de sus firmas, diciendo que son bastantes, porque si despues, por defecto de poder que no sea bastante, el proceso fuere dado por ninguno, sea obligado el tal abogado á pagar á las partes las costas y daños; y si los poderes no son bastantes los repelan y á los tales procuradores; y si el letrado contrario dijere que no es bastante, aunque esté dado por bastante, que sea luego otro día siguiente traído al Concejo ó Audiencia donde el tal negocio pendiere, para que se vea si es bastante, y se determine: y mandamos que las nuestras justicias que así los fagan guardar y juzgar; y mandamos . . . . . ."

Ley 21, tít. 20, lib. 2. Nov Recop. "Porque somos informados que cuando se hace y presenta alguna probanza ó escritura en latín ó en otra lengua que se manda romanzar, y para ello se nombran intérpretes, y se les toma juramento en forma de lo romanzar y sacar fielmente, que algunos escribanos que se hayan presentes llevan por ello á diez maravedís por hoja . . . . . mandamos que de la tal probanza y escritura, aunque se romancee y ponga todo en el proceso, que el Escribano no lleve vista."

En el Fuero juzgo y otros Códigos anteriores á las Partidas se encuentran muchas disposiciones sobre poderes y sobre procuradores, de cuya inserción hemos prescindido, para no recargar demasiado estos *Antecedentes*, y por parecernos inútil.

Derecho romano. En el antiguo Derecho romano no era aceptado — de procuradores. Considerábase la asistencia del interesado mismo al jui como consecuencia del principio *per extraneam personam nihil acquiri posse*, lo único acomodado á las fórmulas solemnes, según las cuales cada uno de perseguir por sí mismo sus derechos: *aio hanc ren meam esse: aio te mihi o oportere.* La necesidad hizo permitir al principio la representación por el p blo, pupilo, siervo, y ausente por cautividad ó por causa de la Repú-

Digitized by Google

Y al fin se reconoció ser indispensable poder valerse de procuradores en los juicios. Tal es en sustancia la doctrina de los siguientes textos.

«Jure vetustissimo per pausis casibus admittebatur ut quis alieno nomine experiretur, vetante regula. *Nemo alio nomine lege agere potest. L. 123 de reg. jur. Ulp. lib. 14 ad edict.* Poth. procur. t. 3, pág. 60.»

«Eninvero usus procuratoris per quam necesarium est, ut qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt, vel non possunt, per alios possint vel agere vel conveniri. *L. 2, § 2, lib. 9, ad edict.* Poth. loco citato.»

«Prætor quosdam [1] in totum prohibuit postulare, quibusdam [2] vel pro se permisit, quibusdan [3] et pro certis duntaxat [4] personis. *L. 1. § 1, D de postuland.* Poth. t. 24, p. 420.»

«Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet hominem, aut suo nomine, aut alieno. Alieno veluti cognitorio procuratorio, tutorio, curatorio; cum olim quandiu solæ legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilla permissum erat furti agere eoram nomine qui apud hostes essent, aut reipublicæ causa abessent, *quive* in eorum cujus tutela essent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque exipere actionem licebat, creperunt homines per procuratores litigare. Nam et morbus, et ætas, et necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ sœpe hominibus impedimento sunt quo minus rem suam ipsi exequi posint. *Inst. lib. 4, tít. 10.*»

Ahora los textos siguientes nos dicen que entre los romanos, á más del patrono ú orador y del abogado ó director en derecho, tenían procuradores y cognitores. Estos debían constituirse por palabra solemne y aquéllos por un mandato.

«Qui defendit alterum in judicio aut. patronus dicitur, si orator est, aut advocatus si aut jus suggerit aut præssentiam suam, commodat amico, aut procurator si absentis negotium suscipit, ant cognitor si præsenti causam novit et sic tuetur ut suam. *Ascon. in Divin, 4.*»

«Procurator est cui per mandatum causan committitur. Cognitor est cui sine mandata causam suan agendam præsens præsente judice litigator injungit. *Interp. ad L. 7, Cod. Th. de cogn, II, 12.*»

«Regulariter non admittitur quis ad agendum alieno nomine nisi de mandato doceat. *Pand. Poth. t. 3, p. 76.*»

«Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario suntituitur: nam actor ita cognitorem dat. *Quod ego à te*, verbi-gratia: *fundum peto in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do:* Adversarius antem ita. *Quando tu á me fundum petis in eam rem Publium Mevium cognitorem do.* Potest ut actor ita dicat. *Quod ego tecum agere volo in eam rem cognitorem do:* adversarius ita. *Quando tu mecum agere vis in eam rem cognitorem dó,. Gaius IV, 83.*»

«Procurator neque certis verbis, neque præsente (semper) adversario, imo plerunque eo ignorante, constituitur. Cuicunque enim permiseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intelligitur. *Inst. lib. 4, tít. 10.*»

«Mandari potest procuratio præsenti et nudis verbis, et per literas, et per nuntium, et apud acta prœsidis et magistratus. *Cod. Theod. 2, 12, de cogn. et procur. 7, Const, Theod. et Valent.*»

---

[1] Minorem 17 annis et surdum.

[2] Mulieres, cœcos, capitali crimine aut calumniæ publici judicii damnatos, corpore suo muliebria passos, et qui locaverunt operas ut cum bestiis pugnarent.

[3] Cœteros infames.

[4] Necesitudine conjuntis.

Digitized by Google

EXPLICACIONES.

Recargo de antecedentes é historia. Recargado de antecedentes parecerá este estudio á algún lector, pero aparte el interés de recordar doctrinas y principios en una materia que dá motivo á discusiones frecuentes en la práctica, la variación que recientemente ha sido efectuada en nuestra legislación acerca de los procuradores y aun de los abogados mismos, por la ley sancionada en la Legislatura Nacional de 1894, abona como oportunas las citas arriba traídas, á fin de persuadir á quienes abriguen alguna duda en cuanto á la conveniencia de la reforma efectuada, teniendo á la vista la historia de tales instituciones, que nuestro Legislador, alejándose de restricciones y rigorismo antes practicados entre nosotros, hasta los principios de la República, como todavía se practican en muchos otros países, mantiene siempre en nuestras leyes el espíritu liberal que generalmente campea en éllas, y sólo ha buscado hermanar el orden y la conveniencia pública, con la verdadera libertad, apartando licencias perjudiciales é injustificadas. Heredamos de España la institución de Abogados y Procuradores titulados, y la limitación de su número en los distintos tribunales. Mantuvimos en la época de Colombia y aun después, la debida distinción entre la profesión de los primeros y el oficio de los segundos. Pero de 1849 acá—hace más de cincuenta años— con la ley de aquel año, desapareció tal distinción; siguieron sometidos los abogados á la necesidad de un título obtenido tras de largos estudios y repetidos exámenes, mientras podía ejercer el oficio de procurador y patrocinante, quien quisiera hacerlo, sin requisito alguno, y sin necesidad de la asistencia y dirección del abogado. Ahora la ley reciente, que el progreso mismo reclamaba, abre la puerta para llegar á ser abogado ó procurador, á todo el que á ello aspire, sin distinción de origen, de clases, de colores, de posición, pero llenando cada cual los requisitos que el legislador ha establecido respectivamente, y manteniendo á ambos en su verdadero puesto; el abogado, como director y defensor, el procurador camo agente y activo vigilante. Así la ley reciente tiene las disposiciones siguientes :

« Art. 1°. Son abogados de la República los que actualmente tienen títulos de tales expedidos con arreglo á las leyes que han regido sobre la materia. . . . y los que en lo sucesivo lo reciban de la Corte Suprema etc. »

« Art. 2°. Para que la Corte Suprema expida el título de abogado se requiere que el postulante acredite ante ella : 1°. Que es mayor de edad. 2°. Que es Doctor en Ciencias Políticas recibido en una de las Universidades, etc. »

« Art. 5°. Son procuradores los que hayan recibido títulos de tales por leyes anteriores y los que en lo sucesivo lo obtengan de la Corte Suprema de su domicilio en conformidad con esta ley. »

« Art. 6°. Ninguno puede comparecer por otro en juicio si no es abogado en ejercicio, Doctor en Ciencias Políticas ó tiene título de procurador, salvas las excepciones expresas contenidas en esta ley y en el Código de Procedimiento Civil. »

« Art. 7°. Para recibir el título de procurador se requiere :

1°. Ser mayor de edad : 2°. Prestar un exámen público de dos horas por lo menos sobre la práctica del foro ante la terna de abogados que nombrará el Colegio para el efecto, etc.»

« Art. 11. El abogado de una causa puede al mismo tiempo tener la r- sentación de la parte, por poder. »

« Art. 12. Los procuradores representarán á sus clientes de acuerdo con poderes que se le confíen ; pero en los escritos de demanda, en la contestació ésta, en la promoción de incidencias y en su contestación y en los escritos de sentación de pruebas y en los de informes, deberán ser asistidos por un ab en ejercicio. Los informes verbales los hará el abogado. »

Digitized by Google

« Art. 14. En los juicios que tengan nacimiento en los juzgados de parroquia ó municipio, no necesitan los procuradores asistencia de abogados. »

« Art. 15. En los lugares donde no haya más de dos abogados en ejercicio, los procuradores podrán ejercer sin asistencia de abogados, y donde tampoco haya procuradores, cualquier ciudadano puede ejercer el oficio de éstos. »

« Art. 16. En ningún caso se obligará á la parte á constituir apoderado ó valerse de abogado cuando se presente por sí, pero cuando se presente por otro, sin poder en los casos en que la ley lo permita, podrá el Juez de la causa, en los asuntos graves, á su juicio, imponerle que haga el nombramiento de un abogado que le asista en los actos expresados en el artículo 12 ó nombrarlo el Juez, si aquél se negare á hacerlo, siempre que lo juzgue conveniente á la mejor administración de justicia. »

« Art. 17. El abogado puede limitarse á ejercer las funciones de tal, es decir: dirigir ó asistir á la parte que esté presente, hacer informes por élla ó ejecutar cualquier otro acto que no asuma su representación; en ese caso no necesita poder. »

Tales son las disposiciones conducentes á nuestros propósitos, de la ley última. En ellas se armonizan la libertad y la igualdad con el orden y las garantías sociales.

Conocidas, pues, esas disposiciones sobre abogados y procuradores, entremos en las esplicaciones y observaciones de los artículos en cuyo estudio nos ocupamos.

Legitimidad de persona. Dos partes contiene el artículo 51. En la primera establece que en el juicio civil las partes deben ser personas legítimas. En la segunda que pueden gestionar por sí, ó valerse de apoderados que las represente.

Desde los primeros tiempos de la Legislación se reconoció la imposibilidad de admitir en juicio á algunas personas cuya incapacidad para los actos de la vida civil era evidente, á los ojos de la razón y del sano criterio, como los niños, los mentecatos, los dementes y otros. Con tal fundamento, apoyado en la misma ley natural, ha venido consagrando el derecho, con más ó menos alteraciones, aquellas incapacidades, que por motivos diversos pero siempre satisfactorios, ha hecho extensivas á otras personas; reconociendo constantemente el principio de ser necesario que las partes no tengan ninguno de esos impedimentos legales para poder estar en juicio, que es en lo que consiste el ser personas legítimas. La legitimidad de la persona de las partes, es, pues, la habilidad jurídica para comparecer en el juicio, como demandante ó como demandado, por no concurrir en la persona ninguna de esas incapacidades declaradas por la ley. A nadie puede escaparse la necesidad de esa exigencia legal, de la legitimidad de la persona en el juicio civil, pues siendo éste la legítima contención entre las partes ante Juez competente, para que los pleitos terminen por decisión de la autoridad judicial, claro es que ni aquel debate ni este fallo, podrían tenerse como serios, reales y válidos si uno de los litigantes fuese un niño, un loco, uno cualquiera de esos á quienes la misma ley declara inhábil. Al traer á consideración el artículo respectivo examinaremos quiénes son éstos.

Gestionar por sí ó por apoderado. La segunda parte del artículo 51 declara las partes pueden gestionar en el juicio por sí ó por medio de apode-os. *Pueden* es la palabra usada allí, lo cual dice que no es obligatorio potestativo. Si la parte quiere gestionar personalmente, permitido le es; suerte que en ello goza de completa libertad, obrando en lo suyo, en lo le es propio, como tenga á bien. Si quiere tener solo abogado que le a y le asista, también se lo permite la ley de abogados y procuradores. si resuelve tener un apoderado que gestione por él, puede elegir á quien lazca entre los abogados en ejercicio ó entre los procuradores que tengan de tales; limitación fundada en el interés mismo de los litigantes y en

Digitized by Google

el de la propia administración de justicia, pues á ésta y á aquéllos importa la intervención en las delicadas tareas judiciales, de personas competentes, por su moralidad y por su pericia, comprobadas con su correspondiente título. Es un verdadero amparo de la ley á sagrados intereses, como ampara á la salud pública, impidiendo recetar al que no sea facultativo recibido, despachar recetas y medicamentos peligrosos al que no sea farmacéutico titular, y como dicta otras disposiciones necesarias al bien público.

Caso en que es necesario el abogado ó procurador. El único caso en que el legislador impone la obligación de constituir abogado ó procurador, es aquel en que haciendo la parte uso de la facultad de representar á otro sin poder, viene á asumir la defensa de derechos agenos en asunto grave. Entonces ningún título tiene para que la ley le deje amplia libertad de obrar como en cosa propia. En interés público, mirando por la mejor administración de justicia, la ley vela también por el derecho del tercero. Nada más racional y justo.

Poderes Judiciales. El artículo 52, como lo dice su mismo contexto, se refiere á los poderes judiciales, ó sea para actos ante los tribunales, pues la ley no tiene para que ocuparse aquí de los demás apoderados ó mandatarios para asuntos de otra especie, Estos se constituyen de conformidad con las prescripciones del Código Civil, sobre mandato. En cuanto al apoderado judicial, ó para actos judiciales, como el artículo dice que el poder ha de ser en forma auténtica, y no hay otra que reuna mayor autenticidad que una escritura pública otorgada ante el Registro público, claro es que la parte que quiera emplear ese medio puede hacerlo, y conferir á su apoderado un poder registrado en toda regla.

Pueden hacerse ante funcionarios judiciales. Mas no es esa la única forma auténtica para los poderes judiciales. El mismo artículo dice que *puede* también otorgarse ante el Juez ó funcionario encargado de autorizar las exposiciones de las partes en el Tribunal donde cursa el asunto. Ese funcionario es el Secretario ó Canciller, ú Oficial mayor, conforme á la ley orgánica de los Tribunales. El poder podrá, pues, otorgarse ante uno de los Jueces inferiores, de Distrito ó Cantón, Municipio ó Parroquia, sea ó nó el de la causa, ó ante el Canciller, Oficial Mayor ó Secretario donde cursa el asunto; en pliego separado, en todo caso, ó bien *apud acta*, ó sea por diligencia estampada por el poderdante, pero entonces ha de ser en el expediente mismo del asunto.

Fórmula. El artículo dá una fórmula, que no es sacramental, de suerte que deba ser copiada al pié de la letra. Sea cual fuere la redacción que se emplee, basta para la perfección del poder que se exprese en él lo sustancial, á saber—nombre y apellido del poderdante y del apoderado—vecindario y edad de aquél, ó por lo menos la declaratoria de ser mayor de veinte y un años—objeto ó fin del poder, de modo preciso y claro, si es para asunto especial, ó expresión de ser para todo pleito ó acto judicial, generalmente—certificación del Juez ó funcionario de conocer al poderdante y de haber pasado á su presencia el acto del otorgamiento, con expresión del folio del registro en que se ha anotado y el número bajo el cual se ha hecho la anotación—y el lugar del otorgamiento, y la fecha expresada en letras.

Formalidades sustanciales. Compréndese fácilmente que las tres primeras formalidades: nombres y apellidos, mayoridad y vecindad, y objeto del poder, constituyenla determinación precisa del otorgante y el acto jurídico que se propone ejecutar; y que las tres segundas, certificación de la autoridad, registro, lu y fecha son las que dán la autenticidad al acto. Sin las primeras no habría a perfecto: sin las segundas faltaría la autenticidad que el legislador exije. Y comprende también que éste, á la vez que ha querido facilitar el otorgamiento poderes judiciales evitando la necesidad de ir casi siempre á grandes distanc en busca de la Oficina del Registro, se propone tomar precauciones que impi los fraudes en los Juzgados inferiores.

Es también sustancial que suscriba el otorgante mismo, cuando sabe

Digitized by Google

de hacerlo, y en caso de no saber ó no poder, lo haga otro á su ruego, y que esta circunstancia se exprese en el poder. ¿Pero será esencial que tal constancia vaya en el cuerpo del documento, ó bastará que al suscribir el tercero preceda á su firma la nota: *Por el poderdante que no sabe ó no puede firmar?* Hemos visto poner una excepción dilatoria por no estar dicha constancia en el contexto del documento. Creemos que aquella nota es suficiente, desde luego que al lado de la firma del que suscribe á ruego, vá la del Juez ó funcionario que dá fé de la verdad. El propósito de la ley queda perfectamente lleno, pues no es posible poner en duda que allí consta que fulano firmó á ruego del otorgante por no saber ó no poder hacerlo, y que lo hizo á presencia del funcionario que dá autenticidad.

Comprobación de identidad. Como el Juez ó funcionario certifica, no solo haber pasado el acto á su presencia, sino también que conoce al otorgante, debemos advertir que en caso de no conocerlo, tienen el deber de exijirle la comprobación de su identidad, presentando á lo menos dos testigos, conocidos del Juez, que aseveren aquélla. La ley de registro lo exije así á los registradores en tales casos, como en lo antiguo lo mandaba á los escribanos la *ley 2 tit. 23 lib. 10 de la Nov. Recop.* Y claro es que, preceptuado al funcionario que autoriza el poder, certificar el conocimiento del poderdante, y no pudiendo presumirse que se le haya querido obligar á atestiguar lo que ignora, por fuerza tiene dicho funcionario que exigir á la parte, la expresada comprobación. Aunque la ley no ordena poner constancia de ello, creemos correcto que en el registro de poderes se haga constar, con indicación de los testigos deponentes, á fin de que en todo tiempo, si ocurre duda, pueda saberse la verdad.

Toma de razón de los poderes. Ordena el artículo 53 que se tome razón de los poderes y de las sustituciones, en el registro que al efecto manda llevar, foliado, sin claros, bajo una numeración continua, expresando el nombre del poderdante y del apoderado, el objeto del poder, y poniendo en éste necesariamente la nota ya indicada. La disposición tiene por objeto que en el registro quede constancia fehaciente de los poderes otorgados ante los Jueces y funcionarios, como medio de prevenir los fraudes y de aclarar las dudas que por extravío ú otra causa, pudieran ocurrir en lo futuro.

Como complemento de la disposición se ordena pasar á la Oficina de Registro una copia mensual del registro de poderes, de la que debe el Registrador acusar recibo dentro de veinticuatro horas, y se impone una multa de ciento veinticinco bolívares por cualquiera falta. Con todas esas precauciones busca el legislador alejar mas y mas la posibilidad de fraude, y asegurar, hasta donde es posible, el cumplimiento de la disposición.

Defectos en el otorgamiento. ¿Pero si apesar de todo, el funcionario arreglare el poder y hasta le pusiere nota de toma de razón, y por olvido ú otra causa no asentare la partida en el registro, ó vice-versa, asentando ésta, devolviere el poder autorizado con su firma, pero sin constancia del número y folio de la anotación ¿habrá vicio que amerite rechazar el poder? En el primer caso el poder sería aceptable prima facie, ya que en él aparecen como cumplidas todas las exigencias de la ley, pero si objetado se promoviere discusión, y se pusiere en claro la omisión del registro, habría que desecharlo por no haberse llenado en realidad la exigencia legal en el otorgamiento, por más que la falta fuere del Juez ó funcionario, pues toca á la parte á quien interesa, velar por la perfecta legalidad del acto, como se hace en la Oficina de Registro. En el segundo, el poder no sería aceptable prima faciæ, pero desde que en él conste que el acto pasó á presencia del funcionario, habría lugar á poner en claro si el registro se hizo; y trayendo certificación de ello, y aun practicada confrontación en el libro, á mayor abundamiento, la falta quedaría subsanada con aquella comprobación auténtica, haciendo prevalecer la verdad sobre la simple apariencia.

Digitized by Google

Poder á nombre de otro. Requiere el artículo 54 que quien otorga poder á nombre de otro, presente al Juez ó funcionario del otorgamiento, el documento que legitime su representación para que sea copiado y certificado á continuación. La validez y firmeza de los juicios no permite omitir esa comprobación del carácter de tal otorgante; pues si se siguiera pleito en tales condiciones y llegara á resultar que quien otorgó semejante poder carecía de facultad legal para obrar por la persona á cuyo nombre lo dió, el juicio sería ineficaz respecto de éste. El contexto del documento copiado y certificado á continuación demostrará si el tutor, administrador, albacea, apoderado general, etc., que otorgan el poder por su pupilo, administrado, testamentería, etc., son tales y tienen en realidad la facultad que asumen.

Ya han resuelto los tribunales en varios casos, y á nuestro juicio, con acierto, que si se omite la certificación al pie del poder, puede agregarse á éste el documento mismo. El objeto de la ley queda tan atendido en un caso como en otro. Todavía hemos visto insistir sobre la necesidad de la certificación, arguyendo que si la agregación del documento puede suplir á aquélla, no debería ser sino cuando tal agregación se efectuara al acto del otorgamiento del poder, para que el Juez tuviese presente el documento mismo y pudiese poner constancia en el registro. No exige el artículo esta especial constancia, y sería inoficiosa desde que el documento se agrega original; pues aquél dice bien claramente que se presente al funcionario *para que lo copie y certifique á continuación*, sea cual fuere, sin darle derecho á estimarlo ni á rechazarlo. Lo que se necesita es la constancia del contexto del documento, y ahí está, sea en copia, sea original.

Poder en el extranjero. La primera parte del artículo 55 dispone que el poder otorgado en el extranjero debe tener las formalidades requeridas allí donde se hace, y que además ha de venir legalizado por un magistrado del lugar ó por otro funcionario público competente. Lo primero es conforme con el artículo 9° del Código Civil, que reconoce el principio de regirse la forma externa de los actos por la ley del país donde se hacen; lo cual no puede ser de otro modo, pues mal podría pretenderse que la ley venezolana rigiese en el extranjero, ni que las autoridades de allí se prestasen á emplear otra forma distinta de la pautada en sus leyes. Lo segundo, el venir legalizado por un magistrado del lugar ú otro funcionario público competente, se entiende también sujeto á las disposiciones de ese país, que son las llamadas á designar los magistrados ó funcionarios suyos que comprueben las firmas de los que han actuado. Concluida la intervención de las autoridades locales, se ha de ocurrir entonces al Cónsul venezolano del lugar, ó á su falta al de una nación amiga, para legalizar la firma de la última de aquéllas, á fin de tener aquí la fe que merece la certificación de ese funcionario venezolano, respecto de la autenticidad de las firmas de las autoridades locales. Así lo dice expresamente el artículo estudiado.

Poder ante el Cónsul. Mas el citado artículo 9° del Código Civil autoriza también al venezolano para seguir las disposiciones de las leyes venezolanas en cuanto á la forma externa, cuando el acto sea otorgado ante el empleado competente de la República en el lugar del otorgamiento. Ese empleado no puede ser otro que el diplomático ó consular que Venezuela tenga en el lugar, pues sólo le es permitido á una Nación acreditar en otra especie de funcionarios, que deben obtener el exequátur correspondient en tal caso, es preciso que la ley venezolana que los crea, dé func notariales al Cónsul ó Canciller de Legación; cosa que no siempre suc La vigente hoy sobre esa materia, faculta á los Cónsules para presencia otorgamiento de poderes, por lo cual ante ellos se puede hacer el otor miento, sin necesitar ninguna otra formalidad, á más de la del acto; p la anterior sólo los autorizaba para recibir protestas y declaraciones de rácter mercantil y marítimo, en que no podían darse por comprendidos poderes; por lo cual fué decidido por los tribunales ser nulo un pode-

Digitized by Google

gado ante un Cónsul. Hoy no sólo sería competente, y el poder tendría validez, si en su otorgamiento se llenaron las debidas formalidades, por virtud de lo dicho, sino porque el aparte del artículo 55 lo establece expresamente, sujetando el otorgamiento á las formalidades de este Título.

Legalización. Las mismas reglas explicadas en los dos parágrafos anteriores, se siguen respectivamente en los poderes otorgados en Venezuela para obrar en el extranjero; estableciendo nuestra ley sobre registro público la manera de practicar las legalizaciones.

Recien establecida la forma federativa en Venezuela, se pretendió introducir en los tribunales la práctica de exigir legalización de los poderes y documentos que iban á obrar de un Estado á otro; y vimos rechazar á un apoderado en el acto de la litis-contestación, pretendiendo dejar sin defensa al demandado. Por fortuna pronto se reconoció que el principio de la autonomía de los Estados, no podía llevarse hasta reputar á cada uno de éllos como una nación extranjera, y menos tratándose de la administración de justicia, sujeta á unos mismos Códigos, y cuyas órdenes y disposiciones debían cumplirse, conforme á la Constitución, en todo el territorio del país. Así es que la aludida práctica desapareció al peso de su propio absurdo.

Versión al castellano. La segunda parte del artículo que ordena la versión al castellano por intérprete jurado, del poder otorgado en lengua extranjera, es consecuencia forzosa del artículo 11 del Código Civil, que declara ser el castellano el idioma legal, y no poder usar otro en sus actos las oficinas públicas. Dice la disposición que la versión se haga por intérprete jurado; pero como en pocas poblaciones lo hay, y á veces en la misma donde existe alguno, no está á la mano, por ausencia, enfermedad ú otra causa, se acostumbra nombrar por el tribunal un inteligente en el idioma, que juramentado, haga la traducción. ¿Mas la versión hecha por el intérprete ó el perito, será inalterable, y no podrán las partes reclamar ó discutir lo que crean incorrecto? Indudable nos parece que no tiene tal carácter; porque el traductor no es juez para decidir, y menos sin apelación ni recurso, sobre el verdadero valor ó sentido de las palabras del documento: su misión es la de un experto que expresa su modo de ver, y esa opinión puede ser combatida, empleando, si se cree necesario, otros juicios periciales, opiniones de maestros y escritores del idioma, etc., como se discute judicialmente cualquier punto cuya dilucidación interese á los derechos de las partes. Es á los tribunales á quienes toca resolver cualquier controversia que surja de la traducción.

Registro para obrar fuera del Distrito. El artículo 56 dispone que cuando el apoderado tenga que hacer uso del poder fuera del Departamento ó Distrito en que ha sido otorgado, debe registrarlo en la Oficina de Registro respectiva. No se necesita, por tanto, la asistencia del poderdante á la Oficina de Registro: el mismo apoderado está autorizado por el artículo para llevar á cabo la exigencia legal. Con ésta ha querido el legislador tomar una precaución más, ya para evitar los fraudes que la distancia de los lugares pudiera favorecer, ya para asegurar la validez de los actos judiciales, dejando registrado el documento en una oficina pública correspondiente, á donde puede ocurrirse en todo tiempo, caso de pérdida del original ó de cualquiera duda ó necesidad. La oficina donde debe hacerse el registro, puesto que el artículo se refiere á la respectiva, tiene que ser la de la cabecera del Cantón ó Departamento á que corresponda la parroquia donde el poder fué otorgado.

Art. 57. Las personas que no tienen el libre ejercicio de sus derechos deben ser representadas, asistidas ó autorizadas, según las leyes que reglen su estado ó capacidad.

Digitized by Google

ESTUDIO 20.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—El artículo copiado es el mismo 18 de los Códigos de 1873 y 1880.

Código de 1838. Título I:

«Art. 6°. No son personas legítimas para estar en juicio las mujeres casadas, los menores de veintiún años, los mentecatos ó dementes, los pródigos declarados tales por el tribunal.....»

«Art. 7°. El menor de veintiún años, el demente y el pródigo declarado serán representados en juicio por sus guardadores ó en negocios determinados por los apoderados que éstos constituyan....., y la mujer casada por su marido ó la persona que la represente.»

«Art. 8°. La mujer casada puede presentarse en juicio con el consentimiento de su marido ó con la autorización del Juez, cuando el marido esté imposibilitado ó rehuse sin justicia dicha autorización.»

«Art. 9º No puede el hijo parecer en juicio civil contra sus ascendientes ó su padre adoptivo sino en los casos siguientes: 1°. para pedir alimentos: 2°. para pedir sus bienes adventicios con arreglo á las leyes: 3° en lo perteneciente al peculio castrense ó cuasi-castrense: 4º por sevicia del padre.»

DERECHO ESPAÑOL.—*L. 2, tít. 5°, part. 3ª* «Todo ome que fuere mayor de 25 años e que non estoviere en poder de otrí, assi como de su padre, ó de su guardador, ó fuere libre e en su memoria, puede faser personero sobre pleyto que le pertenezca. Empero, casos señalados son en que podría poner el que estoviesse en poder de su padre, assí como si oviesse á aver pleyto sobre cosa que perteneciesse al fijo tan sólamente..... que fuesse de aquellas que son llamadas castrense vel quasi-castrense peculium..... Esso mismo sería si el padre enviasse su fijo a escuelas ó en otro camino e le acaesciesse cosa..... porque oviesse de mover pleyto contra otro ó otro contra él. O seyendo el fijo do solía morar su padre ó en otro en que oviesse algo, e non fuesse el padre en el logar....., e acaesciesse tal cosa.....»

L. 3 tit. 5 part. 3. «Menor de 25 años puede dar personero por sí en juyzio con otorgamiento de su guardador. E si por aventura el mismo lo diese por sí, non gelo otorgando su guardador, si tal personero fisiese alguna cosa en juyzio que sea á pro del huérfano, vala. Mas si diessen juyzio contra él ó fisiesen alguna cosa que fuesse á su daño, por razón de aquella personeria, non valdria . . . . . .»

L. 3 tit. 2 part. 3ª «Salen á las vegadas los fijos e los mistos del poderío de sus padres e de sus abuelos . . . . . E después que son salidos de su poder, si, alguna demanda han estos mismos contra aquellos, en cuyo poder antes eran bien gela pueden entonces demandar en juyzio. Pero en esta manera: que en antes que los emplazen, muestren su querella al judgador del logar demandandol que le otorgue que los pueda emplazar, e él develo fazer. . . .»

L. 7 tit. 2 part. 3ª «Contra el fijo ó el nieto que estoviesen en poder de su padre ó de su abuelo, abiendo alguno á fazer demanda en juyzio, apercebido debe ser el que la quiere comenzar, que la faga estando delante el que lo tiene en su poder. Ca de otra guisa non gela podría faser con derecho. . . . .»

Lei 11 tit. 2 part. 3ª «Menor seyendo alguno de edad de 25 años, non pueden faser contra él demanda ninguna en juyzio, á menos que sea delante aquel que lo ha de guardar á el e á sus bienes. E si por aventura acaesciesse que tal demandado como este non oviese quien lo guardasse, aquel que quiere faser demanda

Digitized by Google

contra él, deve pedir al Juez del logar quel dé quien lo guarde ó responda por él en juyzio . . . . . »

Lei 5 tit. 8 lib. 4. Espéculo. «Fallamos por derecho en esta ley que aquel que non oviere edad de 15 años complidos que non pueda dar personero nin razonar en pleyto por sí. Eso mismo dezimos de las mugieres. E esto dezimos en todos fechos, fueran en cosas señaladas que aquí diremos, en que puede razonar qualquier destos que desuso diximos, ó dar personeros, así como en pleyto de casamiento, porque el ome, segunt derecho de Santa Eglesia puede casar de catorce años ó de trese arriba, e la mugier de doze ó de onze arriba. E pues que casar pueden en esta edat, si pleyto les acaesciere sobrel casamiento, bien lo pueden razonar por sí, ó dar personero. E esto dezimos, porque la onra del casamiento les fase eguales de los otros que an edad de quinze años.»

Lei 13 tit. 16 part. 6ª «Curatores son llamados en latín aquellos que dan por guardadores á los mayores de 14 años y menores de 25 años, seyendo en su acuerdo. E aun á los que fuessen mayores seyendo locos ó desmemoriados.....Fueras ende si fiziessen demanda á alguno en juyzio, ó otro lo fiziesse á ellos. Ca entonce los judgadores les pueden dar tales guardadores como estos . . . »

Lei 17 tit. 16 part. 6ª « El guardador en nome del huérfano deve demandar e defender del en todo pleyto quel moviesse ó le fuesse movido en juyzio;. . . . mas si fuesse mayor de siete años entonce puede el mozo mover el pleyto con otorgamiento de su guardador, ó el guardador en nome del huérfano, seyendo amos delante.»

Ley 11 tit. 10 lib. 10. « Nov. Recop. La mugier durante el matrimonio sin licencia de su marido no pueda facer cuasi-contrato ni estar en juicio faciendo ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido; y si estoviere por sí ó por su procurador, mandamos que no vala lo que ficiere.»

Lei 12 mismos tit. 1 lib. «Mandamos que el marido pueda dar licencia general á su mujer para contraer y para hacer todo aquello que no podía facer sin su licencia; y si el marido se la diere, vala todo lo que su mujer hiciere por virtud de la dicha licencia.»

Lei 13 mismos tit. 1 lib. « El Juez con conocimiento de causa legítima ó necesaria compela al marido que dé licencia á su mujer para todo aquello que ella no podria facer sin licencia de su marido; y si compelido no se la diere, el Juez solo se la puede dar.»

Lei 14 id. id. « El marido puede ratificar lo que su mujer hubiere fecho sin su licencia, no embargante que la dicha licencia no haya precedido, ora la ratificación sea general ó especial.»

Lei 15 id. id. « Quando el marido estuviere ausente, y no se espera de próximo venir, ó corre peligro en la tardanza, que la justicia con conocimiento de causa, seyendo legítima ó necesaria ó provechosa á su mujer, pueda dar licencia á la mujer, la que el marido le habia de dar, la cual así dada vala como si el marido se la diese.»

Derecho Romano.—Desde la legislación romana los hijos de familia, los pupilos y los incapaces carecían de personalidad para estar en juicio, y eran esentados por sus padres, tutores y curadores, con cuya intervención poconstituirse procuradores. He aquí varios textos.

« Filius familias suo nomine nullam actionen habet. *L 9 D. de oblig t.* »

Filius familias et ad agendum dare procuratorem potest, si qua sit actio ipse experiri potest. *L. 8 D. de procur.* »

Digitized by Google

« Initium fuit pretor ab his qui in totum prohibetur postulare: in quo edicto aut pueritiam, aut causam excusabit. »

« Pueritiam dum minorem annis decem et septem, qui eos non in totum complebit, prohibet postulare. »

« Propter casum, surdum qui prorrus non audit, prohibet apud se postulare. *L. 1. §. Ulp. lib. 6 ad edict.* »

« Pupillus autem, vel pupilla, adultus vel adulta, tan ad agendum quan ad defendendum, tutore seu curatore interveniente, procuratorem ordinare possunt. *L. 11 Cod. h. tit. V pupill.* »

EXPLICACIONES.

Referencia al Código Civil. Al decir el artículo 57 que estudiamos, que las personas que no tienen el libre ejercicio de sus derechos deben ser *representadas, asistidas ó autorizadas* según las leyes que reglan su estado ó capacidad, nos refiere al Código Civil donde se encuentran aquellas leyes. Es, pues, ese Código el que determina cuales son aquellas personas que no tienen el libre ejercicio de sus derechos, y cómo han de ser representadas, asistidas ó autorizadas. Consultemos, por lo tanto, esa fuente, comenzando por las mujeres casadas.

Representación de la mujer por el marido. Según los artículos 180 y 181 del mencionado Código, es el marido el representante legítimo de su mujer, la cual no puede sin licencia de él comparecer en juicio por sí ni por medio de apoderado. Toca, pues, al marido representar judicialmente á su mujer, por sí ó por el apoderado que quiera él constituír; ó puede, si lo tiene á bien, autorizarla para que élla comparezca al juicio, por sí misma ó por medio del apoderado que élla constituya. Esa autorización ó licencia puede ser general ó especial; pero en ambos casos debe constar auténticamente, ya por escritura pública, ya por documento otorgado con las mismas formalidades de un poder judicial. Pero puede hacerse también, y es lo más común, cuando la autorización es especial, otorgar la mujer el poder que va á conferir, con la asistencia ó intervención del marido que con ella suscribe, en prueba de su autorización. Aun creemos, siguiendo la opinión de Rogron, conforme con decisiones de Cortes Francesas, que basta que el marido y la mujer obren conjuntamente en una misma instancia, aun con intereses distintos para que la autorización se tenga por concedida.

Ratificación del marido. Puesto que el marido tiene el derecho y el deber de representar á su mujer, y la facultad de autorizarla, es evidente que podría ratificar válidamente lo que aquélla hubiese hecho sin su autorización; así como también que podría revocar la licencia que hubiese concedido. Aquella ratificación se equipararía al mandato y confirmaría lo hecho, y esa revocación no invalidaría lo ya ejecutado sino que produciría sus efectos para lo adelante.

¿Qué modificaciones del régimen matrimonial serían posibles? ¿La facultad de dar licencia general, autorizará para estipular en las capitulaciones matrimoniales, que pueden hacerse según los artículos 1361 y siguientes del Código Civil, que el marido no represente á su mujer en juicio, sino que ésta lo ha por sí ó por su apoderado? Creemos que nó, sobre todo en el régimen de munidad. Tal estipulación así general sería contraria al artículo 1362 del digo citado, porque arrebataría al marido un derecho esencial en la fam durante toda la vida conyugal, dejándole incapacitado de remediar los inco nientes de tal autorización á su mujer, toda vez que esas capitulaciones cua son válidas, no pueden cambiarse ni modificarse después del matrimonio, se el artículo 1366 del mismo Código. A la discreción y prudencia del marido be quedar generalmente el conceder ó nó la autorización, y darla con la c

Digitized by Google

sión que crea conveniente, y revocarla cuando lo conceptúe necesario; porque solo así podrá mantener los derechos é intereses del matrimonio y de cada cónyuge, y no sufrir perturbaciones ó colisiones en la dirección y manejo como Jefe de la familia. El respeto á las leyes que interesan al orden público lo exige así. Pero creemos que en las capitulaciones y en el régimen de separación de bienes, pudieran hacerse ciertas modificaciones especiales que facilitasen á la mujer la defensa de sus intereses separados, sin menoscabar la posición del marido.

Autorización judicial. Si sucede que el marido no quiere representar á su mujer ni darle licencia para que ella se represente, entonces el Juez, prévio conocimiento de causa, tiene la facultad de concederle la autorización, con la cual podrá obrar por sí ó por apoderado. Pero sí el marido está ausente, ó si hallándose presente no pudiere ni representar ni autorizar á su mujer por impedimento de grave enfermedad, ú otro semejante, ó puede hacerlo pero nó válidamente por ser él menor ó por haber entre los dos oposición de intereses, sin demanda del uno contra el otro (como en un juicio de partición en que ambos sean interesados ó de concurso en que sus derechos se obten), ó por estar separados legalmente de bienes y tratarse de gravar ó enagenar algunos raíces, el Juez con conocimiento de causa, puede suplir la falta de licencia marital, procediendo para concederla de conformidad con lo establecido en el artículo 736 de este Código de procedimiento. Todo lo dicho, según el artículo 184 del Civil, y con el fin, no solo de llenar una formalidad, sino de que el control judicial supla el amparo de los intereses de la mujer que está llamado á ejercer el marido.

Ausencia? Y ya que hemos hablado del caso de ausencia, conviene hacer acerca de ella una lijera esplicación. No es menester que se trate de desaparecimiento, de modo que se ignore el paradero del marido: bastará que según las circunstancias no pueda obtenerse su autorización en el tiempo que lo requiera la urgencia del negocio. El Juez apreciará todo, y si encontrare que peligran los intereses ó derechos de la mujer, ó que pueden sufrir perjuicio notable ó indebido si se espera la autorización ó respuesta del marido, acordará él la licencia necesaria.

Casos de ser innecesaria la licencia. Cuando la mujer tiene que demandar al marido ó defenderse contra él no necesita autorización de ninguna especie para estar en juicio, en virtud de la excepción que para tales casos hace el artículo 185 del dicho Código Civil. En estos casos, que son los de divorcio, separación de bienes, medidas para impedir la dilapidación de su fortuna, ú otros de esa índole, los intereses y derechos de la mujer son tan personales como los de una viuda, y ha de contarse también con la ayuda y concejo de su propia familia, más eficaz á veces que la misma licencia supletoria judicial.

Minoridad de la mujer casada. Todo lo que hemos dicho es en el supuesto de que la mujer casada sea mayor de edad. En el caso de ser menor no podría comparecer en juicio por sí ni por apoderado, aun con la licencia del marido; porque el artículo 361 del Código Civil la declara sujeta á la curatela del marido ó del tutor ó curador de éste y el 364 dispone que los menores emancipados, para estar en juicio y para los actos de jurisdicción voluntaria deben estar *asistidos* por un curador. Al marido toca *asistirla* con el carácter, si él es mayor; y si no lo hace deben entrar un curador de nujer, de conformidad con el artículo 360, que llama al padre, y en su ecto á la madre, y por falta de ambos al que el menor elija. Pero si el ido es también menor, entonces, como su curador, lo es á la vez de la er, á ese mismo curador le corresponde *asistir* á ésta en juicio.

Caso de divorcio. No estará demás recordar que cuando existe divorcio arado por sentencia ejecutoriada, como quiera que se suspende la vida ún, según el artículo 152 de dicho Código Civil, la mujer mayor puede sentarse por sí ó por apoderado sin necesidad de licencia marital, mas

Digitized by Google

si fuere menor debe ser *asistida* por un curador. La separación de hecho no puede producir los efectos legales del divorcio en cuanto á la personalidad de la mujer para estar en juicio, por lo cual necesitará ella la autorización judicial, si no tuviere la licencia del marido.

La autorización para juicio debe ser especial. En todo caso las autorizaciones judiciales deben ser especiales y no generales, como se desprende del artículo 181 del Código Civil; y para otorgarlas, son, á nuestro juicio, competentes los tribunales donde exista ó deba existir el asunto de que se trate, pues que el punto de la legitimidad de la persona en un juicio es sustancialmente un incidente del juicio mismo.

Mujer comerciante. Respecto de la mujer casada autorizada legalmente para comerciar, el artículo 12 del Código Mercantil, la autoriza para comparecer en juicio ó dar poder en los asuntos de su comercio, sin necesidad de autorización especial: excepción fundada en la naturaleza misma de las operaciones mercantiles, y en las formalidades que han de llenarse para la autorización.

Hijos de familia. Pasemos ahora á los hijos de familia, ó sea á los menores sujetos á la patria potestad. Ellos carecen de personalidad para estar en juicio, y deben ser representados por el padre ó madre que ejerza aquel poder ó por un curador nombrado por el tribunal que deba conocer del negocio, en los casos de oposición de intereses á que se refiere el artículo 245 del Código Civil.

Si el tribunal ha hecho uso de las facultades que le da el artículo 255 de dicho Código, de nombrar un curador en caso de mala administración por parte del padre, la limitación ó la extensión de las funciones que el tribunal cometa á ese curador servirán para decidir si es á éste ó al padre á quien queda cometida la represención del menor en juicio, no perdiendo de vista que esa representación sería peligrosa en manos de quien se ha acreditado como mal administrador.

Hijos del primer matrimonio. Cuando la madre que está en ejercicio de la patria potestad por muerte del padre, pasare á segundas nupcias y el tribunal no le acordare la administración de los bienes de los hijos del primer matrimonio, el curador que se nombrare conforme al artículo 259 del Código Civil, será el representante de aquéllos en juicio, en cuanto tenga relación con los bienes. Del mismo modo, el curador nombrado por un testador extraño que instituye heredero á un menor que está bajo la patria potestad, de acuerdo con el artículo 296 de aquel mismo Código debe ser el representante en juicio de ese menor en lo relativo á la herencia y los bienes que la componen. La administración no sería completa ni llenaría sus fines, desde que estuviere en otras manos la representación judicial, porque los actos que podría ejecutar en el proceso ese representante, podrían envolver la administración, comprometer inconsiderada ó indebidamente los frutos ó productos, y hasta llegar á hacer nugatoria la Administración misma.

Mujer autorizada para la administración. Piensa *Manresa* que según la ley moderna española sobre matrimonio civil, la mujer casada en segundas nupcias, puede representar en juicio á sus hijos menores habidos en un matrimonio anterior, sin licencia del marido ni autorización judicial, cuand[illegible] ha sido conservada la administración de los bienes de aquellos hijos del p[illegible] matrimonio. Esa administración concedida por el Juez, y la patria pot[illegible] que le conserva la ley sobre tales hijos, llenan cuanto es de desear y le[illegible] completa personalidad para tal representación. Nos parece que la docti[illegible] es correcta también entre nosotros, en que sustancialmente tenemos di[illegible] ciones idénticas.

Hijo con peculio de su industria. El hijo de familia, mayor de 18 [illegible] que tiene bienes adquiridos con su industria con permiso del padre [illegible]

Digitized by Google

tando fuera de la casa paterna, necesita la *asistencia* de su padre para representarse en juicio respecto de esos bienes, pues es como si estuviese emancipado, en lo relativo á ellos. Así se desprende de la disposición del aparte del artículo 361 del mencionado Código Civil.

Ausencia del padre.—Pasa el hijo de familia á ser representado por el respectivo tutor, cuando se ha declarado respecto de sus padres, la ausencia, ó hayan cesado en el ejercicio de la patria potestad, según el artículo 282 del mismo Código.

Huérfanos.—Los pupilos ó huérfanos de padre y madre deben ser representados en juicios por su tutor, conforme al artículo 282 del Código Civil, ó por su protutor cuando sus derechos estén en oposición con los del tutor, según el 308.

Emancipados.— Los hijos de familia emancipados por sus padres y los huérfanos emancipados por su tutor, necesitan la *asistencia* de su curador para estar en juicio y para los actos de jurisdicción voluntaria, según el artículo 364 ya citado.

Menor comerciante.—Respecto de los menores habilitados legalmente para comerciar, el artículo 9º del Código de Comercio declara que se consideren mayores y puedan representarse por sí en juicio y aun hipotecar bienes raíces por su comercio. La naturaleza de las operaciones mercantiles y las precauciones que se toman para la habilitación para comerciar, abonan esa excepción en favor de la personalidad del menor.

Entredichos.—Los entredichos tampoco son hábiles para estar en juicio y deben ser representados, como los huérfanos, por su tutor ó protutor, según se ha dicho.

Inhabilitados.—Y en fin, los inhabilitados necesitan la *asistencia* de un curador, conforme al artículo 388, para poder estar en juicio,

Interdicción civil.—El Código Penal coloca entre las penas accesorias accidentalmente inherentes, la interdicción civil, y en un artículo sobre duración y efecto de las penas, dice que la interdicción civil priva al penado, mientras está sufriendo la condena, de la patria potestad: de la autoridad marital: de la administración de bienes: del derecho de disponer de los propios por acto entre vivos: del de ejercer la tutela ó curatela; y del de pertenecer al consejo de familia ó tutela. Según eso, pues, el condenado á la pena de interdicción civil no puede comparecer en juicio por sí ni por otro, ni dar licencia para ello á su mujer. Esta podrá verificarlo por sí, y en representación de sus hijos menores y sin necesidad de autorización, por el marido, conformándose á la ley; y si el penado fuere soltero ó estuviere separado de su mujer por sentencia definitiva de divorcio, comparecerá por él en juicio, el curador que se le nombre.

Debemos recordar que con excepción del padre y la madre naturales y el abuelo paterno ó materno legítimos, todos los demás tutores necesitan discernimiento para ejercer el cargo, y por tanto, para presentarse en juicio con tal fin, conforme al artículo 298 del Código Civil; y como las disposiciones sobre tutela son aplicables á la curatela, deberemos decir que los curadores necesitan la presentación del discernimiento, si no son de los comprendidos en la dicha excepción.

Asistencia en la rendición de cuentas.—Para concluir haremos notar que no hemos otro caso en que un mayor, no sujeto á interdicción ni inhabilitación, no pueda representarse personalmente en juicio libremente, que el [illegible]rente á la rendición de cuentas de la tutela ó curatela, hecha al que [illegible] de ser menor ó salió de la última, caso en que el artículo 354 del ci[illegible] Código Civil exige que le *asista* el tutor ú otra persona designada por [illegible]resado mismo.

Digitized by Google

Art. 58. Ninguno puede ser compelido á comparecer en juicio como demandante, sino en los casos de retardo perjudicial, conforme á lo que se dispone en este Código.

Art. 59. Pueden presentarse en juicio como actores sin poder: el padre, ó la madre en defecto de éste, por su hijo legítimo ó natural reconocido ó adoptivo, ó viceversa; el hijo por sus padres, si tiene veintiún años cumplidos; el heredero por su coheredero, en las causas originadas por la herencia; el comunero por su condueño, en lo relativo á la comunidad.

Por el demandado, cualquiera que reuna las cualidades necesarias para poder ser apoderado judicial puede presentarse sin poder; pero quedará sometido á observar las disposiciones del caso, establecidas por la Ley de Abogados y Procuradores.

Todo el que representa sin poder queda sujeto á las resultas del juicio, en el caso de que su representado no aprobare su representación, y deberá dar con ese fin caución real ó personal, si se le exigiere y él no apareciere con responsabilidad suficiente.

Art. 60. El Estado, las iglesias y demás comunidades ó corporaciones son representadas en juicio por sus administradores, procuradores y vicarios, respectivamente, ó por otras personas autorizadas al efecto, y las sociedades, por el socio ó socios á quienes el contrato ó la ley autorizan. La testamentaría puede ser representada por el correspondiente albacea en los casos establecidos por el Código Civil.

ESTUDIO 21.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—*Código de 1873.* Los cuatro artículos copiados son iguales á los que llevan esos mismos números en los Códigos de 1873 y 1880, sin otra diferencia que pequeñas modificaciones que se observarán.

Código de 1838. El artículo 58 actual viene del 10, sec. 1ª tít. 1º del Código de 38, suprimiéndose la palabra *jactancia* que éste tenía. El artículo 59 está tomado en su parte principal del 11 del mismo Código, siendo agregación todo el resto, pues el artículo 12 del Código de 38 solo decía: «Así mismo podrá cualquiera comparecer sin poder defendiendo al demandado, si diere caución de que el demandado estará á las resultas del pleito.» El artículo 60 actual es el 13 del Código de 38, hasta *vicarios ú otros que los representen*, siendo adicionado todo lo demás.

Ley de Colombia de 4 de octubre de 1821:

«Art. 8°. Los protectores de naturales continuarán ejerciendo su minist... promoverán las acciones comunales que les correspondan; pero todas las accic civiles y criminales las instruirán los indígenas como los demás ciudadanos cc derados en la clase de miserables, en cuya virtud no se les llevarán derech guños.»

Además, véanse los artículos 1°. 3°. y 6°. de esta misma ley.

Digitized by Google

DERECHO ESPAÑOL.—*Lei 46 tit. 2 part.3ª* « Constreñido non deve ser ningún ome que faga demanda á otro, mas el de su voluntad la deve fazer si quisiere, fueras ende en cosas señaladas quel puedan los judgadores apremiar segun derecho, para faserla. (*Jactancia y retardo* según la *ley 46 y 47 tit. 2 part. 3ª*)»

Lei 10 tit. 5 part. 3ª « Ningún ome non puede tomar poder por sí mismo para ser personero de otri, nin para fazer demanda por él en juicio sin otorgamiento de aquel cuyo es el pleito. Fueras ende por personas señaladas, assi como marido, ó pariente por pariente fasta el quarto grado, ó por otros quel perteneciessen por razón de casamiento, assi como por su suegro, ó por su cuñado, ó por ome por quien oviesse deudo, ó por razón de aforramiento. Ca qualquiera de estos sobredichos puede faser demanda un juyzio, uno por otro maguer non toviesse carta de personería del. Fueras ende, si fuesse cierta cosa, que el quería fazer demanda contra voluntad de aquel en cuyo nome demandaba. Esso mismo desimos de los que fueren herederos ó aparceros de una misma heredad ó de otra cosa que les pertenezca comunalmente. Pero cada una destas personas de suso dichas, antes que entren en juyzio, deven dar recabdo por fiadores, so cierta pena, que fará e guisará de manera que aquel por quien fuere la demanda. avrá por firme quanto se razonare, ó se fisiere, ó se juzgare en aquel pleyto. E si el otro non quisiesse estar por ello, que él e los fiadores pechen al demandado la pena que y fuere puesta. E dando este recabdo á la otra parte, demandando gelo antes que el pleyto fuesse comensado por respuesta, deve ser cabida su demanda. Ca si después que fuesse comenzado el pleyto, le demandasse tal recabdo, non sería tenudo de gelo dar. E esto que de suso diximos avría logar quando uno quisiesse demandar por otro en juyzio; mas para responder e defender por otro á quien oviessen emplazado, ó non fuesse adelante, todo ome lo puede fazer en juyzio, maguer non sea su pariente nin tenga carta de personería del; dando recabdo que el otro avrá por firme, lo que fuere hecho en juyzio, e pagará lo que fuere juzgado.»

Ley 27 tit. 1ª lib. 5º Novis. Recop. «Y mandamos así mismo á los dichos nuestros Fiscales que á los tales pleitos asistan en favor de las dichas ciudades, villas y lugares . . . . . y que así mismo asistan en favor de nuestra jurisdicción real y defensa della y de los correjidores y jueces de residencia que mandaren algo en defensa dello.»

Lei 13 tit. 2 part. 3ª «Concejo de ciudad ó de villa ó Cabildo de Eglesia ó Convento de relijión á quien quisiessen demandar en juyzio, tal demanda como esta non puede ser fecha á todos comunalmente, porque son muchos; mas dévenla fazer al personero que fuesse puesto para responder por ellos. Ca si de otra guisa la fisiessen á otras personas señaladas, maguer de aquel lugar fuessen, non valdria . . . . . »

Lei 4ª tit. 10 part. 6ª «Cuatro cosas son señaladamente en que pueden los testamentarios demandar en juyzio ó fuera de juyzio los bienes del muerto, por cumplir su testamento, maguer non quieran los herederos del fasedor del. E el uno es quando la manda es para obras de piedad ó de misericordia. E el segundo es quando el fasedor del testamento manda alguna cosa á otros en uno con los testamentarios. E el tercero es quando la manda es atal que es establecida para gobernar huérfanos ó otras personas qualesquier. E el quarto es quando el fazedor del testamento dice assí: que dá libre poder á un testamentaríos que puedan demandar en juyzio ó fuera de juizio, los b[illegible]ies del fasedor para cumplir sus mandas. E sacadas estas cuatro cosas so-b[illegible] dichas, en otro caso ninguno non han poder los testamentarios de deman-d[illegible] en juyzio los bienes del muerto para cumplir sin mandas . . . . »

[illegible]*ei 12 tit. 18 lib. 2 Recop. de Ind.* «En todos los pleitos que se ofrecieren de n[illegible]ra Real Hacienda ante los Oficiales reales se muestran partes los Fisca-l[illegible] de la Audiencia, y la defiendan y hagan su oficio sin poner dificultad n[illegible]tro algún impedimento.»

[illegible] *13 id. id.* «Se extiende la facultad de los Fiscales á los pleitos y ne-

Digitized by Google

gocios tocantes á la Hacienda real que en grado de apelación de los autos y procedimientos de los Oficiales reales fueren á las Audiencias.»

Lei 1ª tit. 11 lib. 4. Recop. de Ind. « Declaramos que las ciudades, villas y poblaciones de las Indias puedan nombrar procuradores que asistan á sus negocios y los defiendan en nuestro Concejo, Audiencias y Tribunales para conseguir su derecho y justicia y las demás pretensiones que para bien tuvieren.»

Lei 1 tit. 9 lib. 6. Recop. de Ind. «El motivo y origen de las encomiendas fué el bien espiritual y temporal de los indios y su doctrina y enseñanza en los artículos y preceptos de nuestra santa fé católica, y que los Encomenderos los tuviessen á su cargo y defendiesen á sus personas y haciendas.»

Lei 22 tit. 4 lib. 6. Recop. de Ind. « El Fiscal de la Audiencia ha de pedir en las causas tocantes á censos y bienes de comunidad lo que juzgue convenir siendo su defensor y abogado en todo lo que fuere demandas, pedimentos, respuestas, excepciones y otras cualesquiera diligencias judiciales, y es conforme á todo lo que está encargado á los Fiscales en la protección y defensa de los Indios y sus bienes.»

DERECHO ROMANO.—*Cod. lib. 3 tit. 7.* «Invitus agere vel accusare nemo cogatur.»

Cod. l 21 h. tit. «Sunt quædam personæ quæ cum naturali affectione ad agendum pro aliqua invitentur, etiam sine mandato admittuntur.»

Talis est: 1° maritus. Enimvero rescribit Constantinus, ut maritus citra mandatum in rebus uxoris, cum solemni satisdatione et alia observatione, intercedendi liberam habeat facultatem. ne feminæ, persecuendæ litis obtenta in contumeliam matronis pudoris irreverentur irruant, et conventibus virorum vel judiciis interesse cogantur. Sui autem mandatum susciperit, licet maritus sit, id solum exequi debet quoad procuratio emissa præscrit.»

« 2°. Idem dic. de liberis qui pro parentibus agerent, et vice-versa.»

« 3°. Admittuntur et frates et affines, puta socer; si agat pro nuru.»

« Nota: in his antem personis in quibus mandatum non exigemus, dicendum est, si forte evidens sit contra voluntatem eos experiri eorum pro quibus interveniunt, debere eos repelli. Ergo non exigimus ut habeant voluntatem vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur, quanvis de rato offerant cuestionem *L. 40. § 4, Ulp. ad ed.*»

L 33, § 3, ibid. « Quisquis autem ille sit qui alieno nomine experiatur hæc ab eo exiguntur: nimirum ait prætor, cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat: et ei quo nomine aget id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdet.»

L. 12. Cod. h. tit. V. aut. quod defend. « Defendere quis, sive libertus sive extraneus sit, sine mandato potest.»

« Ita tamen si satisdare *judicatum solvi* paratum sit.»

L. 1, Ulp. lib. 16, ad edi. « Quæ acta gestaque sunt á procutore Cæs[illegible] ab eo comprobantur atque si á Cœsare gesta essent.»

L. 3, Ulp. lib. 9, ad ed. «Nulli permittitur nomine civitatis vel curi[illegible]riri, nisi ei cui lex permittit, aut, lege cessante, ordo dedit cum du[illegible] adessent aut amplius quam duæ.»

L. 6. Paul, lib 9, § 3, ad ed. « Actor universitatis si agat, compellitu[illegible] defendere: nom autem compellitur cavere de rato. Sed interdum si d[illegible] dubitetur, puto interponendam et de rato cautionem.»

Digitized by Google

L 1, § fin. Gaius, lib. 3, ad, ed. prov. «Etsi extraneus defendere velit universitatem, permittit consul: sicut in privatorum defensionibus observatur; quia eo modo melior conditio universitatis fit.»

Según los textos copiados viene desde Roma el no poderse compeler á nadie á ser demandante. También los romanos autorizaban á los parientes para representar por sus parientes entre ciertos grados, y al demandado, sin poder, pero dando caución, incluyendo al marido por la mujer; y en fin rechazaban al que quería representar, probada la voluntad contraria del representado. El Procurador del Cesar representaba los intereses de éste: por la ciudad y la Curia obraba en juicio el designado por la ley ó el elegido al efecto; y por las asociaciones las personas nombradas con tal fin. Caso de ser demandadas, podían ser defendidas por caucioneros, como cualquier particular. Las leyes españolas siguieron al principio las romanas, sobre todo en la representación del marido por la mujer, dando caución, hasta que en la Recopilación se estableció lo que hemos visto.

EXPLICACIONES.

Nadie puede se. obligado á ser actor. El artículo 58 consagra el principio de no poder nadie ser compelido á presentarse en juicio como actor; principio que no es otra cosa que la consecuencia forzosa del derecho perfecto que tiene cada cual de disponer de lo suyo como lo tenga á bién. La única excepción es el caso del retardo perjudicial, materia en que más adelante se ocupa el Código, y que trataremos entonces; observando sólo desde luego que en el Código de 1838, como en las leyes españolas, la excepción comprendía también la jactancia, eliminada ahora por motivos que explicaremos en aquella oportunidad.

Representación sin poder. Autoriza el artículo 59 para presentarse en juicio como actores sin poder: al padre, ó la madre en defecto de éste, por su hijo legítimo ó natural reconocido ó adoptivo, ó viceversa al hijo por sus padres [legítimo ó natural que le haya reconocido ó adoptado] si tiene 21 años cumplidos: al heredero por su coheredero, en las causas originadas por la herencia; y al comunero por su condueño, en lo relativo á la comunidad.

Examinemos esa parte del artículo con la detención que merece.

Al autorizar la ley al padre, ó la madre en defecto de éste, y al hijo, al heredero y al comunero para la respectiva representación expresada, debe entenderse que tales personas sean mayores y no tengan ninguna inhabilidad legal para estar en juicio, pues si la tienen están sujetos á las disposiciones del artículo 57, ya comentado. De suerte que aunque se trate de padre ó madre, de hijo, de coheredero ó de condueño, si es menor, incapaz ó inhabilitado, no podrá asumir la representación de que se trata, porque le falta la base que es su propia habilidad para estar en juicio.

Comprobación del carácter. Además, como á esas personas se les exige determinado carácter, les toca comprobarlo, para estar en el caso de la ley, y evitar que pueda rechazárseles: por lo cual el padre tiene que probar que es tal padre legítimo ó natural ó adoptante del hijo legítimo ó natural reconocido ó adoptivo á quien viene á representar: la madre deberá acreditar ese carácter y además que falta el padre: el heredero que es tal coheredero de aquel cuya representación toma; y el comunero que es realmente condueño del representado. Casos habrá en que las circunstancias mismas del asunto, la notoriedad, la constancia que tenga el adversario ó aun los documentos que se acompañen, hagan innecesaria esa especial comprobación del carácter; pero si puede esperarse que el contrario lo desconozca, conviene estar armado de la correspondiente probanza, si no se quiere exponer á una excepción dilatoria que entorpezca el curso del asunto.

Digitized by Google

En cuanto al negocio de que se trate, nada tienen que demostrar el padre ó madre, ó hijo, porque la ley no pone limitación por la materia del pleito, de suerte que sea cual fuere, pueden hacer uso de la facultad que respectivamente les dá el artículo. Pero no sucede lo mismo en cuanto al heredero y al condueño, porque la ley limita esa representación á las causas originadas por la herencia respecto del primero, y respecto del segundo á lo relativo á la comunidad. Preciso es, pues, que en realidad se trate de coherederos en causa originada de una herencia, en un caso; y en el otro, de algo relativo á la comunidad, en cosa común. Si no hay tal herencia, ó no se es en ella coheredero, ó si no hay tal cosa común, ó aun habiéndola el asunto no es relativo á la comunidad sino á cosa especial, peculiar, del otro condueño, no puede asumirse la representación de que habla el artículo. No ha mucho tiempo que un demandante pretendió representar sin poder á sus hermanas, en una demanda en que pedía la nulidad de un testamento público, registrado, hecho por otro hermano que había instituido heredera única á su mujer, diciendo que anulado el testamento, él y sus hermanas eran los llamados por la ley á la herencia, Opuso el adversario excepción dilatoria en cuanto á la pretendida representación sin poder, y el tribunal, acertadamente, la declaró con lugar, fundándose en que debiendo respetarse y producir efectos el testamento registrado, mientras no se le declarase nulo ó inválido por sentencia ejecutoriada, no existía la supuesta herencia *ab intestato*. y no podía tenerse al demandante y á sus hermanas como coherederos actuales. En otra causa pretendió un demandante, instituido heredero junto con otros en un testamento, representar sin poder á esos otros, cuando su demanda contra un tercero se dirigía á que éste, que poseía un terreno como dueño único, les reconociese como condueños en ese terreno y les entregase su pretendida porción, alegando que la cosa era común. El tercero demandado le opuso la excepción de ilegitimidad de persona para tal representación, por no reconocer tal comunidad, según su título; y el tribunal, fundado en que, si bien el demandente aspiraba á que se tuviese por común el terreno, los términos mismos de su demanda demostraban que él nada poseía, que el demandado era el poseedor, y que antes que el pleito se sentenciase definitivamente no era posible tener por comunera la cosa, pues sería dar un fallo prematuro.

Lo dicho basta para palpar cuán importante es estudiar en cada caso los documentos y las circunstancias todas, para decidir si en realidad existe la identidad de intereses y derechos entre el representante y el representado, que es base de esa representación sin poder; y si el asunto que ha de controvertirse es, en un caso, originado por la herencia, que ha de existir realmente tal cual se presenta para poder surgir la acción ó las pretensiones deducidas, y en el otro caso, si es el punto que va á dilucidarse relativo ó nó á la comunidad. Ese objeto de la controversia es el que viene á confirmar el lazo común entre el representante y el representado, fundamento de la representación sin poder. Si un interés común, un propósito idéntico los une, pero no los liga la naturaleza misma del negocio, falta uno de los extremos requeridos por el legislador, y no queda justificada la representación.

Representación de quien no la quiere. Nada dice nuestra ley sobre el punto á que se refirieron las romanas y las de las Partidas, de deberse desechar la representación de aquellos á quienes se les permite sin poder, cuando conste que el representante obra contra la voluntad del representado. Con todo, al ocurrir el caso no podría resolverse de otro modo que como lo hicieron aquellas leyes antiguas; pues partiendo, como partimos, de la base del artículo que estudiamos, que expresamente se refiere á la representación en calidad de actor, la solución aludida es simplemente la consecuencia jurídica de la disposición establecida ya en el artículo 53 precedente, de no poderse constreñir á nadie á presentarse en juicio como demandante.

Caucionero. El primer aparte del artículo 59 á cuyo estudio nos contraemos, consagra el precepto que viene desde Roma, de que por el demandado

Digitized by Google

puede presentarse sin poder *cualquiera que tenga las cualidades necesarias para ser apoderado judicial.* En la época de la Ley sobre Abogados y Procuradores que rigió hasta años pasados, no habríamos tenido que observar aquí otra cosa sino que entonces cualquiera que fuese mayor de edad en el ejercicio de sus derechos, podía ejercer en el carácter de patrocinante, sin necesitar para nada de abogado. Ahora por la ley reformatoria sancionada últimamente, tanto el abogado como el procurador con título, pueden ejercer poder judicialmente; y por tanto, cualquiera de éllos puede presentarse sin poder por el demandado, usando de la facultad conferida en el aparte á que nos referimos. Sólo hay que anotar esta diferencia, que al procurador que usa de aquella facultad, en las causas graves, puede el Juez exigirle la designación de un abogado que le asista, conforme al artículo 16 de la citada Ley sobre Abogados y Procuradores, que precisamente se refiere al caso legal de representación sin poder.

¿Y habremos de desechar al padre, ó á la madre por su hijo: á éste por aquéllos: al heredero por su coheredero en causa originada por la herencia; y al comunero por el condueño, en lo relativo á la comunidad, cuando se presentan sin poder á representar á esos otros demandados, si no son abogados ni procuradores? Nos parece que nó. Desde que el artículo en su parte principal los autoriza para la representación judicial sin poder, en el carácter de actores, con mayor razón han de tenerse como hábiles para representar sin poder como reos, puesto que el lazo con que los une la identidad de intereses y la naturaleza del asunto común, les dá mayor habilidad para tal representación que la que tiene cualquier otro estraño; aunque sea procurador ó abogado. Esa habilidad que les dá el artículo, es todavía mayor en el caso de lo que les exije el aparte, de tener las cualidades necesarias para ser apoderado judicial. La filosofía jurídica no puede llegar á otra conclusión. Pero por de contado, que ello no les exime de la disposición del artículo 16 de la ley de abogados, según la cual puede exigirles el Juez, si el asunto es grave, la asistencia de un abogado.

Caución. El último aparte del artículo 59 consagra el precepto general, de que *todo* el que representa sin poder queda sujeto á las resultas del juicio, en el caso de que su representado no aprobare su representación; y de que debe dar caución real ó personal, si se le exigiere y no apareciere con responsabilidad suficiente. Aquella palabra *todo*, comprende por tanto, al padre, á la madre, al hijo, al coheredero, al comunero y al caucionero, de quienes se ha venido tratando. El que ha asumido esa representación sin poder queda sujeto á responder de las resultas del juicio, en el caso de que su representado no aprobare su representación. Esa responsabilidad se contrae desde que comienza á actuarse tomando dicho carácter: está ahí vigente mientras no sobrevenga la aprobación del representado; de suerte que prestada ésta, cesa aquélla en el representante y continúa en el representado, como sí éste hubiera intervenido desde el principio en el asunto. Dicha aprobación puede hacerse en cualquier tiempo, antes de la ejecución de lo juzgado y sentenciado, para que sea útil al representante; pues de otro modo la contraparte obraría contra éste, no necesitando para ello, que se haya desaprobado la representación, pues basta que no haya sido aprobada. Al representante le toca hacer constar la aprobación, como que es á quien interesa para libertarse. Y sea tácita, sea expresa, ha de constar de modo auténtico. Claro encontramos que si el representado [illegible]tituye legalmente un apoderado, cesa la personería del que viene obrando [illegible]oder; y que si en éste no se hace ninguna salva ó protesta en cuanto á lo [illegible]o hasta entonces, queda así aprobada la anterior representación. Y en [illegible]acerca de la extensión de la responsabilidad, los términos de la disposición [illegible]jan bien—las resultas del juicio, *judicatum solvi*—pagar lo decidido, tan[illegible]o principal como en los accesorios, ó sea cumplir la sentencia definitiva, [illegible]ebía hacerlo el representado.

[illegible]*sponsabilidad suficiente.* El aparte á que nos contraemos dice todavía más: [illegible] el que representa sin poder debe dar caución real ó personal, claro

Digitized by Google

es, que para pagar las resultas del juicio; pero es si le exije, y si él no aparece con responsabilidad suficiente. El adversario tiene el derecho de exigirlo ó nó, cuando no apareciere el otro con suficiente responsabilidad; pues si del propio expediente, como á veces el negocio mismo lo demuestra, ó de notoriedad, resulta tenerla, no puede exigírsele la caución. Obvio es que si no se le exije, no tiene por qué darla. Y no es que en tales casos no quede responsable de las resultas del pleito, pues ya hemos visto que con asumir la representación contrae tal responsabilidad: es, que si carece de bienes para hacer ésta efectiva, la ley dá á la parte contraria el derecho de exigirle además la caución real ó personal. No se le exije, su responsabilidad no tendrá esa otra garantía, y quedará puramente personal; se le exije y aparece con responsabilidad suficiente, está en ese mismo caso anterior, de bastar su personal solvencia: se le exije y no tiene él responsabilidad suficiente, debe entonces dar la fianza real ó personal, esto es, tiene que constituir hipoteca ó prenda, ó presentar fiador, por un valor que se estime bastante, y que el Juez puede fijar prudencialmente, caso de desacuerdo de las partes, según las circunstancias del asunto. Esa fianza debe ser constituida auténticamente, es decir, por acta ante el tribunal, si es prenda ó fianza personal, y por escritura registrada si fuere hipoteca.

Excepción dilatoria de falta de caución. Acostúmbrase hacer la exigencia de la caución por medio de la excepción dilatoria que el mismo Código llama—falta de caución ó fianza para proceder al juicio—; y si bien los términos del aparte que estudiamos—*si se le exigiere*,—parecen indicar que bastaría que en el acto de la litis-contestación se hiciera la exigencia, creemos mas correcta y legal aquella práctica, pues con ella se sigue un camino trazado por la ley para la sustanciación de las excepciones dilatorias, en que las partes pueden pedir y el Juez tiene el deber de conceder, término probatorio para las pruebas que crean conducentes; y en que se sabe que si la decisión declara con lugar la excepción, el fallo produce el efecto consiguiente de las dilatorias, esto es, suspender el juicio hasta que se cumpla la sentencia. Al paso que la simple exigencia de la caución en la litis-contestación, es una via no tramitada por la ley, en que puede tropezarse con dificultades de procedimiento y aun de ejecución, sobre todo con Jueces poco versados, cuyo criterio se atenga solo á lo que encuentre dicho en la ley.

Representación de personas jurídicas. Entramos ahora en otro orden de ideas; al estudiar el artículo 60, que se contrae á la representación de las personas morales ó jurídicas. El dice que el Estado, las Iglesias y demás comunidades ó corporaciones son representadas en juicio por sus administradores, procuradores y vicarios respectivamente, ó por otras personas autorizadas al efecto: las sociedades por el socio ó socios á quienes el contrato ó la ley autorizan; y la testamentaría puede ser representada por el correspondiente albacea en los casos establecidos en el Código Civil.

Examinemos por partes la materia de ese artículo.

Personas jurídicas. El artículo 13 del Código Civil dice: «La nación, las entidades políticas que la componen, las iglesias, universidades y en general, todos los seres ó cuerpos morales, lícitamente establecidos, son considerados personas jurídicas, y, por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos». De ahí se desprende la personalidad de todos ellos para estar en juicio, con el fin de hacer valer sus derechos, y responder del cumplimiento de sus obligaciones.

Procurador general. La ley sancionada en el Congreso Nacional de 1894 creó el Procurador General de la Nación, que tiene entre sus primeros deberes y facultades los de representar en juicio los derechos de la Nación, como demandante ó como demandada. El lleva, pues, la dirección general de la defensa de los intereses nacionales, pudiendo asumir su representación, ante la Corte Federal, ante los tribunales de hacienda, y ante cualesquiera otros, sin perjuicio de las funciones especiales dadas en el Código de Hacienda al

Digitized by Google

Fiscal de Hacienda del Distrito Federal, á los interventores de Aduana, á los recaudadores de ramos especiales de rentas, y sin perjuicio de la agencia de cualquiera otra persona á quien el Ejecutivo Nacional confiera el cargo especial en algún determinado asunto. El Presidente de la República es el Jefe de la administración nacional, y el llamado, á dar las órdenes é instrucciones correspondientes, por órgano de los respectivos Ministerios y en la órbita legal, al mismo Procurador General, á los Interventores de Aduana y á los demás funcionarios del ramo. Según la materia del asunto, y conforme á la ley especial de élla, el Procurador General habrá de representar á la Nación ante la Corte Federal, ante la de Casación, y ante cualesquiera tribunales del Distrito en los asuntos de comiso y otros fiscales, como cobros de derechos aduaneros, multas etc.: ante el respectivo tribunal de hacienda, el Interventor de la Aduana correspondiente: en los asuntos relativos á instrucción pública y beneficencia nacionales los Fiscales de instrucción; y en los cobros de los derechos sobre sucesión, éstos mismos y los Rectores de Colegios, y aun en ciertos casos, como en las justificaciones de pobreza, los expendedores de papel sellado, como hemos visto; y en cualquier negocio fuera de la capital, que interese á la Nación, el empleado especial que el Ejecutivo designe.

Estados de la Unión. Los Estados de la Unión serán representados en juicio por los empleados que sus constituciones y leyes orgánicas determinen, según la materia del juicio. A falta de designación serán los respectivos tesoreros ó administradores de rentas.

Universidades y Colegios. Las Universidades y Colegios por los respectivos administradores de sus rentas, si las leyes no designaren algún funcionario especial.

Curia. La Curia eclesiástica por el Fiscal de la Curia; las iglesias por sus vicarios, pero en lo relativo á sus rentas de fábrica por el respectivo mayordomo.

Municipios. En cuanto á los Distritos, Departamentos ó Cantones y á los Municipios ó Parroquias, la representación está en manos de sus administradores de renta, ó procuradores municipales nombrados por los Concejos, si la Constitución ó Leyes Orgánicas no han determinado otra cosa.

Respecto de cualesquiera otras corporaciones de creación legal, habrá que consultar las leyes de su creación, y atenerse á éllas, en cuanto á su representación en juicio.

Asociaciones privadas. Pero hay otras corporaciones ó asociaciones de origen puramente privado, como varias sociedades religiosas, literarias, científicas, etc., cuya existencia es legítima, desde que su objeto no esté prohibido. Existe en el país el libre derecho de asociación y él no puede tener otro límite legal que el de la moral y orden públicos; de modo que si el fin de la asociación no es el de cometer actos criminales ó contrarios al orden público ó á la moral, reprobados y penados por las mismas leyes, es lícita y capaz de derechos y obligaciones y de estar en juicio. Poco ó nada encontramos en el derecho patrio y en el español sobre esta materia. Los jurisconsultos ingleses y americanos se ocupan en el asunto con alguna extensión, apoyados en disposiciones escritas, cuyos principios son en su mayor parte conformes con el echo romano, no escaso de doctrina en el particular. Como esos principios undan en la razón universal y en la filosofía de la ciencia, creemos que son cables para llenar el vacío de nuestra legislación; y por eso indicaremos los que se relacionan con el punto que estudiamos.

ıtre las facultades que tiene en sí una asociación, son las principales, elección, la de darse sus estatutos ó reglamentos, la de contratar, adır y enagenar, la de comparecer en juicio, la de disolución y la de r en todo por mayoría de votos. Con tales facultades, sus estatutos

Digitized by Google

y sus elecciones determinarán los funcionarios permanentes que los representen en lo extrajudicial y en lo judicial, ó si no estuviere previsto ó hecha la elección, en cada caso que ocurra, hará la designación especial de representante. Tales reglas ó designaciones serán la norma para la legitimidad de la representación. A falta de previsión en los reglamentos ó de nombramiento especial de la misma asociación, deberá ser considerado representante el administrudor ó tesorero de sus fondos, conforme al artículo que comentamos. Y si la sociedad se hubiere disuelto, y tuviese que ser demandada, su último funcionario encargado de defenderla, será la persona legítima para representarla en el juicio; pues la disolución, sea de hecho, sea obra de acuerdo celebrado, no cancela sus obligaciones ni puede impedir á terceros el ejercicio de sus acciones contra la asociación. Así lo hemos visto practicar en nuestro foro.

Aconsejamos á los litigantes que tengan que demandar á personas jurídicas, como las indicadas, especialmente á las Corporaciones como Concejos Municipales y otras, tomar la precaución de hacer comunicar la demanda á los superiores ó á los Presidentes de los Cuerpos, á más de la citación al representante legal; ya porque quizás la Corporación se hubiere reservado la elección de representante en cada caso, ya porque la mudanza de personal en tales Cuerpos suele traer dificultades futuras respecto de lo hecho, negándose á veces que la Corporación hubiese tenido conocimiento oportuno para dar las correspondientes instrucciones, y hasta imputándose en ocasiones acuerdo torpe del representante con el adversario.

Sociedades mercantiles. Las sociedades mercantiles están en distinto caso, porque éllas están sujetas á prescripciones legales para su formación, administración, disolución y liquidación. En cuanto á su represención en juicio, el Código de Comercio dice en su artículo 940; «La citación á una Compañía de comercio se hará en la persona de alguno de los gerentes,» y el 235 dice: «La liquidación, ya sea demandante, ya demandada, será representada en juicio por los liquidadores.»

Sociedades mineras y otras civiles. Las sociedades mineras, aunque civiles, están obligados á llenar las formalidades de la ley mercantil, y en sus estatutos deben constar los funcionarios encargados de su representación en juicio; á falta de designación allí, tendrían que ser representadas por sus administradores ó factores. Las agrícolas ú otras de naturaleza meramente civil, como de ordinario no son en sustancia sino comunidades, serán representadas en juicio por todos los comuneros, ó por las personas que éllas hayan apoderado ó designado de común acuerdo, para que las represente.

Es de este lugar decir lo conducente respecto de las comunidades de indígenas. Las *Encomiendas* que fueron las primeras instituciones de las Leyes de Indias, en esa materia, desaparecieron á poco andar por la muerte ó disolución de los grupos encomendados, quedando los encomenderos como dueños de las tierras designadas para las encomiendas, pues á éllos se les concedían para el objeto, y eran los naturales representantes de la encomienda y de los indios de élla. Los resguardos de Indígenas, creados también por las leyes de la Recopilación de Indias, perduraron, y fueron representados en juicio, como los individuos, por los funcionarios que las mismas leyes designaron, que fueron los procuradores, protectores y fiscales. Mas, desde que la ley de Colombia de 1821 declaró á los indígenas en el goce de los derechos de los demás ciudadanos, y dejó como propiedad particular de éllos el terreno de sus respectivos resguardos, disponiendo su repartición; y desde que las leyes de 1836 y 1838 confirmaron esas mismas disposiciones, las comunidades vinieron á ser asociaciones meramente privadas, y sus miembros comuneros en el uso y goce, hasta que por la partición quedase cada uno de los existentes como dueño absoluto de lo que se les adjudicase. Varios resguardos, como los de La Vega, Antímano y El Valle, fueron distribuidos, según entendemos. Pero otros continuaron; reuniéndose los individuos de éllos, y nombrando y

Digitized by Google

constituyendo apoderados, con las facultados que tuvieron á bien darles, así para lo extrajudicial como para lo judicial. Al fin se dictó en 1884 una ley, disponiendo de nuevo la partición de los que aún existían, fijando un término perentorio de dos años, con declaratoria expresa de que pasado aquel lapso se incorporarían los terrenos á las tierras baldías. Pasado aquel lapso han quedado, en consecuencia terminados totalmente los que fueron resguardos.

Albaceas. En cuanto á representación del albacea ó testamentario, nuestro artículo dice que la testamentaría *puede* ser representada por el correspondiente albacea en los casos establecidos en el Código Civil. Este en su artículo 870 dispone que las facultades de los albaceas sean las que designe el testador con arreglo á las leyes; no permitiéndole autorizarlos, cuando existen herederos forzosos, para apoderarse de los bienes, pero sí, á falta de tales herederos: y el 872 establece que si el testador no hubiere designado especialmente las facultades de los albaceas, sean éstas—disponer y pagar los funerales—pagar los legados de dinero con conocimiento y acuerdo del heredero—vigilar sobre la ejecución del testamento y sostener, siendo justo, su validez judicial ó extrajudicialmente—y pagar las deudas si están en posesión de los bienes por disposición del testador.

Art. 61. El abogado ó procurador á quien se confiere un poder judicial no está obligado á aceptarlo, pero deberá avisar inmediatamente su no aceptación al otorgante, cuando no acepte, por la vía más rápida, y si se le dieren instrucciones de sustituir para ese caso, deberá hacerlo, también sin tardanza, conforme á lo que se establece en este Título.

Aunque el apoderado no exprese la aceptación del poder, se presume de derecho, desde que se presente con él en juicio.

Art. 62. El apoderado podrá sustituir el poder en la persona que el poderdante le hubiere designado ó le designare, y á falta de designación, en abogado ó procurador capaz y solvente, si en el poder se le faculta para sustituir. Si en el poder nada se dijere sobre sustitución, el apoderado podrá sustituir también en abogado ó procurador de reconocida aptitud y solvencia, cuando por cualquiera causa no quisiere ó no pudiere ejercer el poder.

Si en el poder se le prohibiere sustituir, no podrá hacerlo; pero en caso de enfermedad, ausencia forzada, remisión del negocio al tribunal de otra localidad, ó cualquier otro motivo grave que le impidiere ejercerlo ó seguir ejerciéndolo, deberá inmediatamente y por la vía más rápida, avisar al poderdante para que provea lo conveniente.

Si la prohibición se hiciere por instrucción ó documento pri-
v el sustituyente será responsable del perjuicio que cause á su
r sentado la sustitución.

t. 63. El sustituto podrá sustituir siguiendo lo que sobre
e determinaren el poder y las reglas establecidas en el artículo
p dente.

Digitized by Google

Art. 64. Sólo que en el lugar donde se haya de ejercer el poder no hubiere abogado ni procurador, ó que su número no pasare del fijado en la Ley de Abogados y Procuradores, podrá sustituirse en quien no lo sea, con tal que no fuere notoriamente incapaz ó insolvente.

Art. 65. Las sustituciones en todo caso pueden ser especiales, aun cuando el poder sea general.

Art. 66. En materia de sustitución, así los apoderados como los sustitutos, quedarán sujetos á las responsabilidades que establece el Código Civil para los mandatarios.

Art. 67. Las sustituciones de poderes y las sustituciones de sustituciones deben hacerse con las mismas formalidades que el otorgamiento de los poderes.

ESTUDIO 22.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Como los siete artículos cuyo estudio vamos á hacer, son nuevos, no encontramos antecedentes en nuestra legislación anterior, con sólo la excepción del aparte del artículo 61, que es la parte primera del artículo 167 del Código anterior.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 19, tít. 5º, Part. 3ª* «Otrosí decimos que el personero non puede poner otro en su lugar en aquel pleyto mismo sobre que él fue dado, si primeramente non lo oviesse comenzado por demanda é por respuesta. Pero si le fuere otorgado tal poderío en la carta de la personeria, entonces lo podira fazer antes e despues. E esto ha logar en los personeros que son dados para seguir los pleytos en juyzio.»

DERECHO ROMANO.—«Dari autem procurator et absens potest. *L. 1, tít. 3, lib. III, D. de procurat.*»

«Dummodo certus sit qui datus intelligeretur et is si ratum habuerit, *Ley 2, id. id.*»

«Invitus procuratur non solet dari: invitum accipere debemus, non eum tamtum qui contradixit, verum eum quoque qui concensisse non probatur. *Ley 8, id. . . . id.*»

«Procuratorem ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus judicatum solvi exposuit prætor dit, judicium accipere cogam. § *3, L. 8. id. id.*»

Los cuales textos dicen:

Puede muy bien nombrarsele procurador al que está ausente.

Con tal que de ello esté cierto e inteligenciado el que se haya nombrado, y que éste acepte el nombramiento.

No se acostumbra nombrar procurador á alguno contra su voluntad, y entendemos por tal no sólo al que contradice su nombramiento sino á aquel cuyo consentimiento no se pruebe.

EXPLICACIONES.

La aceptación no es forzosa. Como el mandato es un contrato que impone obligaciones y dá derechos recíprocos, entre el mandante y el mandatario, claro

Digitized by Google

es que se necesita el consentimiento de ambos para que nazcan esos deberes y esos derechos. Pero no estando presentes, de ordinario, una y otra parte, acostúmbrase otorgar el poder sólo el mandante, para que el mandatario exprese su aceptación cuando llegue el caso, bien de palabras bien de hecho. Así, el artículo 61 declara expresamente que el abogado ó procurador no está obligado á aceptar el poder que se le confiera; pero le impone el deber de avisar al otorgante inmediatemente y por la vía más rápida, su no aceptación, y si se le dieren instrucciones de sustituir para ese caso de su no aceptación, el deber de hacerlo así, también sin tardanza, conforme á lo que establece este Título.

Aviso inmediato de no aceptación. Los asuntos judiciales son de suyo delicados, y requieren atención inmediata: su curso es trazado por la ley con términos fijos, en que no hay esperas; y las faltas á los diferentes actos ó gestiones casi siempre llevan para el inasistente ó moroso, consecuencias irremediables. Por eso el legislador impone aquellos deberes estrechos al que no acepte el encargo, á fin de evitar los perjuicios que pueden sobrevenir con el silencio ó el retardo, á aquel que puso su confianza en la persona á quien apodera. Si no puede, ó si no quiere ingerirse en el asunto, sean cuales fueren los motivos que lo impulsen, no le obliga la ley á tomar ninguna parte, ni siquiera á expresar sus motivos. Avisa rápidamente su negativa, y si tiene instrucciones para sustituír, lo hace sin tardanza. He ahí todo su encargo en tal evento.

Si acepta, no necesita expresar su aceptación: le basta presentarse con el poder en juicio, como el artículo lo declara.

Facultad de sustitución, Casos de la ley. Pero la facultad de sustitución no es absoluta. El legislador ha resuelto los varios casos que pueden ocurrir, á saber: 1°. que en el poder se dé facultad expresa de sustituir, con ó sin indicación de la persona en quien deba hacerse: 2°. que nada se diga en el poder sobre sustitución, esto es, que ni la autorice ni la prohiba; y 3°. que en el poder se prohiba sustituir. En el primer caso, el apoderado tiene el deber si no acepta ó no puede ejercer, de hacer la sustitución en la persona designada ó que se le designa, y á falta de designación, en abogado ó procurador capaz y solvente, de conformidad con las prescripciones del artículo 1653 del Código Civil. En el segundo caso podrá hacer la sustitución en abogado ó procurador de reconocida aptitud y solvencia; al ser necesaria. Y en el tercero, tiene que respetar la prohibición, y abstenerse de sustituir, pero debe avisar sin pérdida de tiempo al poderdante para que el provea, sea en el caso de no aceptación, sea en el de que, habiendo aceptado, se vea en imposibilidad de ejercerlo ó seguirlo ejerciendo, por enfermedad, ausencia forzada remisión del expediente á otra localidad ó cualquier otro motivo grave. Si tal abstención causare perjuicios al poderdante, suya será la culpa: ante su prohibición la sustitución sería nula, aun hecha para evitarle aquéllos.

Prohibición privada. Todavía prevee el legislador el caso de que, no en el poder, sino por instrucción ó documento privado, fuere hecha la prohibición. El deber del apoderado es respetar ésta; pero si por cualquier motivo la hiciere, la justicia debe tenerla como válida, pues su norma, es el poder mismo, y pues que la ley con sólo pronunciar la responsabilidad á que queda sujeto el sustituyente por el perjuicio que la sustitución causare, tiene ésta c[illegible] válida.

usas legítimas. No será de más advertir que no sólo son á nuestro juicio causas legítimas para no continuar en el ejercicio del poder y ocurrir á stituirlo, si no está prohibido, las físicas que trae como ejemplo la ley, sí q[illegible] también las morales, como enemistad entre mandante y mandatario, enlace familia con la contraparte y otras de esa índole. El legislador sólo re[illegible] que el motivo sea grave, como expresamente lo dice.

Digitized by Google

Sustitución de sustitución. Ha resuelto la ley en el artículo 63 una cuestión debatida desde tiempo atrás entre nuestros prácticos, y decidida de modo distinto en nuestros tribunales, cual era, la de si el sustituto podía sustituir. Unos le negaban absolutamente tal facultad; pero otros, como *Castillo y Viso* en sus notas al Código de 1838, *Sanojo* en sus comentarios, y *la Curia Filípica* nº 33 *Litigantes*, eran de opinión que el sustituto podría sustituir si el poder llevaba la cláusula de sustitución, porque traspasado á él con tal facultad, no hacía sino usarla al sustituir á su vez. De suerte que sólo quedaba cuestionable, en sentir de éllos, si podía hacerlo cuando el poder ni prohibía ni autorizaba la sustitución. El citado artículo 63 le somete sí, á seguir lo que sobre ella determinare el poder y las reglas establecidas en el artículo precedente.

Razones justificativas. Para convencerse de la justicia y conveniencia de la nueva disposición á que aludimos, preciso es recordar que se trata de los poderes judiciales, cuyo objeto es sostener y defender los derechos de las partes en un juicio; y no olvidar que ese cargo es complexo, ya que el juicio se compone de una serie de actos que tienen sus oportunidades fatales, indiferibles—que requieren atención y empleo de medios y recursos del momento—que á veces exijen la presencia del interesado, á un mismo tiempo en lugares distintos, para atender á la evacuación de pruebas y el uso del derecho de repreguntas. ¿Cómo multiplicarse y estar en todas partes?

Y preciso también es tener en cuenta las especialidades de nuestro procedimiento, que no permiten aplicar siempre y á ciegas las doctrinas de otros paises, que tienen procedimientos esencialmente diferentes de los nuestros.

Cierto, como alega *Sanojo* y lo dicen todos los escritores al ocuparse de los principios y reglas generales del mandato (principalmente para lo extrajudicial) que el poderdante elije su mandatario guiado por la confianza que le inspiran su probidad y sus aptitudes; y cierto también que cuando él guardaba silencio era la ley quien daba el poder de sustitución. Pero ¿como olvidar que este mismo Código de procedimiento autorizaba y autoriza á cualquiera que reuna las cualidades necesarias para poder ser apoderado judicial, para representar sin poder al demandado, con solo prestar caución? ¿No era una contradicción ó por lo menos una inconsecuencia chocante, aceptar un caucionero para defender al demandado, en un caso, y rechazar á un sustituto que trae su encargo del anterior sustituto, y dejar indefenso al mismo demandado en el otro caso? ¿Quien venía armado de mejor credencial, el simple caucionero ó el sustituto del sustituto? Se dirá que aquél estaba y está obligado á dar caución, y éste no; pero la cuestión no es de mayor ó menor responsabilidad, es de doctrina mas ó menos jurídica, mas ó menos correcta, mas ó menos armónica con nuestro sistema de representación en juicio. Y nosotros hemos opinado siempre en favor de lo que hoy consagra nuestro Código.

Se nos objetará acaso que si lo dicho es razonable respecto del demandado, no lo sería respecto del demandante. En el juicio no pueden existir esas desigualdades: admitida la doctrina respecto del demandado, habría que aceptarla también para el demandante. Pero otras razones poderosas acuden en abono de nuestra opinión. Dice *Troplong*—Tratado del Mandato—en el número 466, hablando de la sustitución, lo siguiente: « Si el impedimento (del mandatario) sobreviene en circunstancia tales que el negocio no sufre perjuicio por causa de un retardo, el mandatario se detendrá y se abstendrá. Bastará que dé aviso al mandante de lo que pasa. Toca pues, á este último tomar, con conocimiento de causa, el partido más apropiado á las circunstancias. El decidirá si le conviene abandonar el negocio ó confiarlo á otro mandatario dotado de las mismas cualidades del primero »; y en el nº 467. « Pero cuando el impedimento del mandatario se encuentra acompañado de la urgencia de terminarlo sin retardo, cuando la dilación necesaria para dar aviso al mandante puede comprometerlo todo, entonces el mandato recibe de la necesidad una interpretación lata, se

Digitized by Google

supone que él encierra implicitamente la condición de que en caso de peligro en la demora el mandatario está autorizado para darse un reemplazante; que el mandante así lo ha entendido *ab initio*: que pues que no ha insertado en el poder una cláusula prohibitiva, se presume haber dado un poder virtual de sustitución, sin designación de reemplazante. Seguramente nadie disputará que el permiso de darse un reemplazo puede ser expreso ó tácito: *sive tácita sive expressa permissio, licentia aut voluntas principalis.* ¿Y ese permiso tácito no se deduce necesariamente, por una parte, de la ausencia de toda cláusula prohibitiva, y por otra, de la necesidad de proveer á los intereses del mandante, conforme á los fines del mandato?»

Esas doctrinas se ajustan perfectamente á las circunstancias de la representación en juicio, según nuestro sistema. El asunto puede hallarse en estado de paralización, ó corriendo un lapso largo, en que no se tema peligro y haya tiempo de avisar al mandante, y de que éste provea á su defensa. En tal caso el sustituto puede abstenerse, dar cuenta y esperar. Pero puede por el contrario encontrarse el asunto en un estado crítico de promover pruebas, de evacuarlas, de contrarrestar las contrarias, de apelar ó intentar otro recurso; y puede arriesgarse todo. No hay tiempo que perder, no hay tiempo para esperar resolución. En tal situación, sería contrariar los fines del mandato judicial, que es defender y sostener, y no sacrificar los derechos del mandante, el dejarlo abandonado y sin defensa. Y como de ordinario tal es la situación en los asuntos judiciales, la reforma está perfectamente justificada.

Puede asumirse de nuevo el poder? ¿Y en lugar de sustituir el sustituto, no podrá el apoderado que sustituyó el poder, asumir su ejercicio, si le es posible? No hablamos del caso en que al recibir el poder el mandatario no quiso ó no pudo aceptarlo; pues éste quedó separado, y sin responsabilidad, desde que hizo, lo único que le exige la ley. Tampoco, del caso en que el poder contenga prohibición de sustituir, pues que entonces no puede haber sustituto. Nos referimos á cuando, sustituido el poder por el mandatario, en cualquier caso legal de imposibilidad de seguir ejerciéndolo, el sustituto se ve á su vez en la necesidad de hacerlo también. En tal evento, si el apoderado se reservó, al sustituir, la facultad de asumir la representación ó de ejercer así mismo el poder, no puede haber duda. Pero aun si no hizo tales reservas, creemos que también pudiera asumir de nuevo el encargo. Enseña *Troplong*, (n°. 462 *Mand.*) citando á *Delamarre* y á *Lepoitevin* que cuando la sustitución tiene lugar con autorización del mandante, no dispensa siempre al sustituyente de continuar prestando al negocio sus cuidados y supervigilancia, según la naturaleza del hecho y de las circunstancias. Eso que encontramos racional en el caso del autor, nos parece todavía mas, por ser mas extensa la responsabilidad del sustituyente, cuando ha efectuado la sustitución en virtud de la autorización legal por silencio del mandante, según el Código Civil, y por la naturaleza delicada de los asuntos judiciales que requieren constante vigilancia. En consecuencia, cuando el sustituto se encuentra á su vez impedido de continuar en la gestión, tiene el sustituyente, hasta cierto punto, interés propio, y deber moral, por lealtad, si el impedimento suyo hubiere cesado ya, de asumir de nuevo el ejercicio del mandato, para evitar el riesgo de que su mandante que en él confió, llegue á sufrir perjuicio por una sustitución de sustitución desacertada; y deber perfecto de hacerlo, si es que el sustituto falleciere ó no pudiere sustituir á su vez, y debiera quedar sin re-
entación y defensa el interesado. Lejos de contrariar con tal proceder la
ntad del mandante ó el objeto del mandato, atiende mas eficazmente,
espondiendo á la confianza de que fué objeto; salvo por supuesto,
expresas instrucciones posteriores á la separación del mandatario, se
eren á ello.

ustitución en quien no sea abogado ó procurador. El artículo 64 hace una
ión al deber de sustituir en abogado ó procurador, en el caso de que
haya en el lugar donde ha de ejercerse el poder, ó de que su número no

Digitized by Google

pase del fijado en la ley de abogados y procuradores. Entonces podrá sustituirse en quien no tenga tales cualidades, con tal de que no fuere notoriamente incapaz ó insolvente. La necesidad lo impone así. Y la previsión del legislador es útil, desde que no es raro tener que atender á pruebas ú otros actos, en lugares distintos, y á veces lejanos de los centros principales, y es preciso valerse de diversos auxiliares en la defensa de algunos negocios.

Sustituciones especiales. El artículo 65 contiene una advertencia, y es la de que en todo caso las sustituciones pueden ser especiales, aun cuando el poder sea general. Tal advertencia, es conveniente, atendiendo á que la ley viene hablando generalmente de sustitución del poder, cuando no se quiere ó no se puede ejercer; á fin de que no quede duda de que, aun ejerciéndolo, puede sustituirse, no solo en todo, sino también en la parte necesaria para atender á las diversas necesidades de su ejercicio, atribuyendo á cada sustituto el encargo limitado que se quiera.

Las responsabilidades alcanzan á los sustitutos. El 66 declara que en materia de sustitución, así los apoderados como los sustitutos, quedan sujetos á las responsabilidades que establece el Código Civil para los mandatarios. Es esta disposición hasta cierto punto interpretativa ó aclarativa de aquel Código, cuyos preceptos se refieren generalmente al mandante y al mandatario, sin hablar de sustitutos, que no intervienen casi nunca en los asuntos extrajudiciales, pero cuya ingerencia en los judiciales es frecuentísima. Como el nombre no varía la naturaleza de las cosas, porque quien hace la sustitución se llame sustituto, no deja de estar en el mismo caso del mandatario que la verifica. Las responsabilidades, que no nacen del nombre, sino del hecho, lógico y jurídico es que sean unas mismas para uno y otro.

Formalidades de la sustitución. Y el 67 preceptúa que las sustituciones de poderes y las sustituciones de sustituciones deben hacerse con las mismas formalidades que el otorgamiento de aquéllos. La sustitución de poder es la subrogacion hecha por el apoderado, de otra persona en lugar suyo, para el ejercicio del poder, en todo ó en parte. Es, por tanto, un acto de la misma naturaleza é importancia que el otorgamiento. Esa sustitución es la credencial que el sustituto ha de exibir para que el Tribunal y la contraparte, á quienes interesa la validez del juicio en todo su curso, puedan admitirlo á gestionar. Si la ley exije al apoderado que tal credencial venga revestida de todas las formalidades que ella ha creido necesarias, natural y lógico es, que al sustituto, que viene en su lugar, se las exija también. La prueba legal de la legitimidad de la personalidad del representante en el juicio, es indispensable para ambos. Y por de contado, que la sustitución debe ir al pié del poder ó acompañada de éste ó de su copia auténtica, ó en el mismo expediente donde él curse, como precedente indispensable para completar la prueba de la personalidad.

Art. 68. Así el apoderado como el sustituto quedan sometidos, en cuanto á sus facultadas, á las disposiciones del Código Civil sobre mandato.

Además, para desistir de la acción principal el apoderado y el sustituto necesitan facultad expresa.

Art. 69. El apoderado ó el sustituto estarán obligados á seguir el juicio en todas sus instancias, siempre que todos los tribunales que deban conocer de él existan en el mismo lugar. En caso contrario, podrán hacer las sustituciones convenientes con arreglo á lo dispuesto en este Título.

Digitized by Google

Art. 70. Las partes deben expensar suficientemente á sus representantes. Si no lo hicieren, no podrán ellas exigir responsabilidad al apoderado que hubiere dejado de hacer algo que ocasionare gastos.

ESTUDIO 23

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—El artículo 68 es nuevo: el 69 es el aparte del 167 del Código de Procedimiento anterior; y el 70 es el 168 de este último. Aquel aparte fué á su vez tomado del artículo 8°. título 9º ley única del Código de 1838.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 26, tít. 5, Part.* 3ª «Negligentes, nin perezosos deben ser los personeros en los pleytos que hubiesen en su encomienda, más deben andar en ellos lealmente é con acucia.»

DERECHO ROMANO.—«*Litis* impendia bona fide facta vel ab actoris procuratore vel á rei, debere ei restitui œquitas suadet.»

Que dice: La equidad persuade que se han de satisfacer al procurador, sea del actor, sea del reo, los gastos hechos de buena fé en el pleito.

EXPLICACIONES.

Refiérese el artículo 68 á las facultades del representante, apoderado ó sustituto; y los somete á las disposiciones del Código Civil.

Instrucciones recibidas. La primera regla que se desprende de esas disposiciones es que, ante todo, debe el mandatario atenerse á las facultades que en el poder se le dan, así como á las instrucciones que se le comunicaren; pues su misión es cumplir el encargo que el poderdante ha querido darle, sea general, sea especial, ó limitado. [art. 1642, Cód. civil.]

Límites del mandato. Pero el artículo 1647 del citado Código Civil le dice que no puede hacer nada que exceda de lo contenido en el mandato; de suerte que si se le apodera únicamente para demandar ó defender en una causa civil, no puede presentarse como acusador en una acción criminal, por más que no fuese extraña al asunto, ni viversa. Si le encargan de demandar á uno, no puede demandar á otro; si reclamar una cosa, no puede reclamar otra; si de las diligencias necesarias para obtener autorización para vender, hipotecar etc., no puede excederse él á llevar á cabo el contrato y otorgar la escritura, ó intentar pleitos que se relacionaren con el asunto. Y así en todo otro caso de exceso de lo contenido en el poder.

Actos que necesitan cláusula expresa. Y le advierte tanbién el Código [artículo 1646] que aun cuando su poder sea general, para poder transigir, enagenar, hipotecar ó ejecutar cualquier otro acto que exceda la administración ordinaria así como para comprometer en árbitros, aun autorizado para transigir, necesita mandato ó cláusula expresa. Son actos trascendentales que pueden comprometer indebidamente los intereses del mandante, y que el legislano puede dar por comprendidos en una cláusula ó autorización general.

cultades y recursos legales. Para llenar su misión el apoderado judicial, e naturalmente las facultades que las leyes le otorgan y los recursos conidos por esas mismas leyes, á las partes ó á sus representantes. A su prudeny buen juicio, y á su lealtad queda confiado el uso de esas facultades y ros.

istimientos. Y ahora le agrega el aparte del artículo 68 que para de

Digitized by Google

sistir de la acción principal, el apoderado y el sustituto necesitan facultad expresa. Tampoco puede el legislador considerar como incluidas en una cláusula general de obrar sin limitación, el desistir de la acción principal; porque á más de las graves consecuencias de tal acto, él es completamente contrario á los fines de los poderes judiciales, que son defender y sostener los derechos del poderdante.

¿Y qué diremos del desistimiento de la contradicción á la demanda y de las excepciones perentorias y defensas del demandado? Para nosotros está en el mismo caso que el de la demanda, y la ley al valerse de las palabras *de la acción principal*, en vez de decir *de la demanda*, parece que haya querido igualar la acción y la excepción. Quizás peque la observación contra el tecnicismo. Pero no podrá decírsenos que peque contra la lógica jurídica, pues la abona el principio de que *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio legis*. ¿Por qué esa de sigualdad entre demandante y demandado? ¿No son las mismas las consecuencias, sacrificios, abandono del derecho que se litiga, para uno y otro?

Cosa diferente es el desistimiento de las incidencias. El no comprometerá de ordinario el derecho mismo litigado; y aunque en algún caso excepcional pudiera acontecer, el legislador no puede guiarse sino por lo que es general y ordinario.

Cuanto á las apelaciones, nos parece que las de sentencia definitiva están comprendidas en la exigencia del artículo; por cuanto desistir de la apelación de una sentencia adversa, equivale á desistir de la acción ó la defensa.

Téngase presente que la ley no es prohibitiva; es simplemente previsiva en favor de los litigantes, para evitar los abusos de representantes indignos ó ignorantes. A la parte que tenga plena confianza en su apoderado y quiera poner en sus manos la suerte de su negocio, le basta darle la facultad expresa de desistir en lo principal.

Uso de las facultades y recursos legales. Dijimos que el apoderado judicial tiene naturalmente para llenar su misión, las facultades y recursos que las leyes otorgan á las partes y á sus representantes; y que á su prudencia, pericia y lealtad queda confiado su uso. ¿Cómo han de usar de esas facultades y recursos? Teniendo siempre por norte la ley y la verdad. ¿Pero no le será lícito emplear jamás ningún recurso, sabiendo que es infundado ó insostenible? En rigor, y hablando en general no puede. Pero casos excepcionales hay en que el empleo de tales medios si no son criminales ni indignos, pudieran tolerarse, siempre que se persiga un fin legítimo y de vital importancia para la defensa de los derechos mismos que se sostienen. Poner una recusación falsa ó infundada, ó promover una incidencia injusta, sólo para ganar honorarios, alargar el pleito ó dañar al contrario, haciéndole perder tiempo y dinero, es reprobable é indigno.

Deberes principales del apoderado. Por lo demás demasiado sabidos son los deberes de un apoderado judicial: no tomar á su cargo nada que no sea justo, ó racionalmente sostenible, caso de ser dudoso: no contribuir á nada inconveniente á los bien entendidos intereses sociales, ni á perturbar la paz y sosiego de las familias, como demandas de hijos contra padres, ejecución de hermano contra hermano, ú otros asuntos de ese linaje: atender el negocio con inteligencia y celo, sin omitir nada que sea legal y necesario, ni promover lo que no sea lícito ni favorable á los intereses que defiende: guardar la reserva debida: abstenerse de usar lenguaje ofensivo ó impropio; y en fin, tener siempre presente los legítimos intereses de su parte, conforme á la ley y á la verdad.

Seguir el pleito en toda instancia. El artículo 69 le obliga á seguir el juicio en todas sus instancias siempre que éstas sean en el mismo lugar; y en caso contrario haeer las correspondientes sustituciones legales. Aunque el artículo 165 del Código anterior no hacía esa distinción, nunca se entendió coma absoluta

Digitized by Google

su disposición. ¿Cómo había de estar obligado á venir á Caracas un apoderado de Apure, del Táchira, de los confines de la República, á defender un pleito en tercera instancia, cuanda ésta tenía lugar en la Corte Suprema de la Nación? ¿Cómo obligar á quien tiene un despacho público, á abandonar su casa, su familia, sus otros negocios, para ir á atender fuera, á uno solo? Sería injusto si no se le remunerase convenientemente; y entonces sería ruinoso para la parte.

Deber de expensar. El artículo 70 impone á la parte el deber de expensar suficientemente á su apoderado; declarando que al no hacerlo, no puede exigir responsabilidad si éste omitiere algo que ocasionare gastos. Parte la ley del principio inconcuso de que nadie está obligado á suplir fondos para sostener pleitos ó atender negocios agenos. Y como no es sólo del interés de las partes sino también de la buena administración de justicia, que debe ser pronta y expedita, que el apoderado no tenga tropiezos en sus diversas gestiones, ni los actos judiciales se paralicen ó interrumpan, impone expresamente la ley á la parte, el deber de expensar al apoderado para que en sus oportunidades provea al Tribunal y á la Secretaría del papel sellado necesario, de estampillas, etc., etc., y para que él mismo esté en capacidad de llenar sus deberes haciendo los gastos que fueren ocurriendo. De ese modo se quita á las partes y á los Jueces pretextos de retardo.

Art. 71. El apoderado deja de representar al poderdante por la revocación del poder, desde que ésta fuere introducida en cualquier estado del juicio, aun cuando no se presente la parte ni otro apoderado por ella. No se entenderá revocado el sustituto, si así no se expresa en la revocación.

La sola presentación de la parte personalmente en el juicio no causará la revocatoria del poder ni de la sustitución, á menos que haga lo contrario.

La presentación de nuevo apoderado para el mismo pleito, produce la revocación del primero, desde ese momento.

Art. 72. Deja también el apoderado ó el sustituto de representar al poderdante, cuando éste se separa de las acciones ó defensas deducidas en el pleito.

Art. 73. La cesión ó trasmisión á otra persona de los derechos deducidos por el litigante hace cesar la representación del apoderado ó sustituto, sin suspender por eso el curso de la causa. La muerte del litigante ó la caducidad de la personalidad con que obraba hacen cesar también la de sus representantes; pero en ambos casos se suspenderá el curso de la causa, sólo mientras se cita á la persona ó personas en quienes haya recaído el derecho ó la representación que ejercía el poderdante.

Art. 74. La renuncia del apoderado no producirá efecto respecto de las otras partes, sino desde que se haga constar en el expediente su notificación al poderdante.

Digitized by Google

ESTUDIO 24.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—El artículo 71 es el 169 del Código anterior, con adición de la parte final y de los apartes: el 72 es el 170: el 73 es el 171; y el 74 es nuevo. Todos ellos son tomados de los artículos 9, 10 y 11 del Código de 1838, Título XI, ley única.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 23, tít 5º Part 3ª* «Muriéndose el señor del pleyto, antes que su personero lo comenzasse por demamda é por respuesta, acábase por ende el oficio del personero . . . . Mas si se muriesse despues que fuesse començado por respuesta, non pierde por esso el procurador su poderío: ante dezimos que deve seguir el pleyto fasta que sea acabado, tambien como si fuesse vivo el que lo fizo personero. . . . . E otrosi decimos que si el personero se muere ante que el pleyto sea comenzado por respuesta, que se acaba el oficio dél. Mas si muriesse despues que lo oviesse comenzado, sus heredero dél deven é pueden acabar lo que él comenzó, si son hombres para ello, E aun dezimos que se acaba el oficio del personero luego que el judgador da juyzio afinado sobre el pleyto en que era personero. Pero quando el juyzio diessen contra él ó contra aquel cuyo personero fuesse dévese alzar. E puedelo fazer maguer non le fuesse otorgado poder para facerlo. en la carta de la personeria. Mas non puede seguir el alzada sin otorgamiento del señor del pleyto. Otro sí se acaba su oficio quando el dueño del pleyto lo revoca e pone otro en su logar; ó sl él mismo por su grado dexa la personeria, por algun embargo derecho que ha, tal porque lo non puede seguir.»

Ley 24, tít. 5º Part 3ª «Señaladamente faciendo un ome a otro su personero sobre algún pleyto, si despues desso ficiere a otro en esse mismo pleyto, tuelle el poderío al primero e dalo al segundo Empero quando assi lo quisiere toller develo facer saber al Juez ó á su contendor. E non lo faciendo saber assí deve valer lo que el primer personero razonare ó ficiere en aquel pleyto, tambien como sí no lo oviese tollido. Otro si dezimos, que si el primero personero oviere comenzado el pleito por demanda é por respuesta, e quisiere el señor del pleito revocar este e dar á otro, puedelo facer. Fueras ende si la otra parte contra quien habia comenzado el pleyto lo contradixesse diciendo que con tantos personeros non podra razonar su pleyto. O si el personero mismo se toviesse por deshonrado, temiendo que lo queria revocar por sospechoso. Ca entonces, ó deve averiguar la sospecha, ó dezir manifiestamente que non ha querella dél, nin le tuelle la personeria porquel haya por sospechoso. E faziendo assí puedelo toller e fazer otro. E aun dezimos que si aquel que fizo el personero ha algunn derecha razon porque lo quiere mudar, que gela deve caber, maguer fuesse el pleito comenzado por demanda e por respuesta. E las razones son estas: como si averiguasse que el primero personero fuere en poder de los enemigos, ó en prisión, ó fuesse ido en romeria, ó embargado de alguna enfermedad, ó oviesse a seguir sus pleytos mismos de manera que non pudiesse entender en el de aquel cuyo personero era, ó fuesse fecho su enemigo, ó amigo de su contendor por casamiento que oviesse fecho de nuevo. Ca por cualquiera de estas razones sobre dichas, ó por otras semejantes dellas, puede revocar el primero personero ó dar otro, maguer él mismo ó la otra parte lo contradixesse. Mas si el pleyto non fuesse comenzado por demanda ó por respuesta bien puede el dueño toller la personeria al uno e darla al otro, quando quisiere, maguer non muestre razon porque lo faze. E esto mismo decimos del personero, si quisiere dexar la personeria por razon de enfermedad ó de otro embargo que oviesse, de aquellos que de suso diximos; que lo puede fazer, faciendolo saber primeramente al dueño del pleyto.»

Ley 16, id. id. «Onde dezimos que si algun demandador, ante que emplazasse en juizio á su contendor, ó despues, enagenare aquel derecho que él ha

Digitized by Google

contra él, en otro ome que fuesse mas poderoso que sí, por razon de algun ofizio que toviesse, otorgandole aquel derecho en razón de vendida, ó de cambio, ó de donadio ó enagenandolo en otra manera cualquier semejante desta; mandamos que tal enagenamiento non vala, e quel demandado non sea tenudo de responder á ninguno dellos sobre esta razon. E demas, el que gelo enagenó pierda quanto derecho avia contra el otro, en aquel pleyto que enagenó. Mas si por aventura . . . . »

Derecho Romano.—«Ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi procuratoris, vel ipsi domino judicium, accipiendi.—*Lei 16 Lib. 3º D. de procur.*»

«Post litem autem contestatam reus, qui procuratorem dedit, mutare quidem eum, vel in se litem transferre a vivo procuratore, vel in civitate manente, potest: causa tamen prius cognita.—*Lei 17 id. id.*»

«Non solum autem ipsi qui dedit procuratorem hoc permittitur, sed etiam hæredi ejus et ceteris succesoribus.—*Nº 1º L. 17 id.*»

«In causa autem cognitione non solum hæc versantur, quœ supra diximus in procuratore non compeliendo suscipere judicium, verum et œtas.—*Nº 2 L. 17.*»

«Aut religionis beneficium.—*L. 18 id.*»

«Item si suspectus sit procurator, aut in vinculis, aut in hostium prædonunve potestate.—*L. 19 id.*»

«Vel judicio publico, privatore; vel valetudine, vel majore re sua distringatur.—*L 20 id.*»

«Vel exilio, vel si latitet, vel inimicus postea fiat.—*L. 21 id.*»

«Aut afinitate aliqua adversario jungatur, vel hæres ei existat.—*L. 22 id.*»

«Aut longa peregrinatio aut aliæ similes causæ impedimenti sint.—*L. 23 id.*»

«Mutari debebit; vel ipso procuratore postulante.—*L. 24 id.*»

«Sed si adversarius, vel ipse procurator dicat dominus mentiri, apud Prætorem hæc finire oportet, nec ferendus est procurator qui sibi adserit procurationem; nam hoc ipso suspectus est, qui operam suam jugerit invito, nisi forte purgare magis consitium quam procurationen exequi maluit: et hactenus erit audiendus, si dicat se procuratione quidem carere velle; sed si id intæsa existimatione sua fiat—cæterum ferendus erit pudorem suerum purgans.—*L. 25 id.*»

«Lex quasvis alienationes rei litigiosæ prohibet.—*L. 67 D. 16 de verb. signif. Pothier tomo 18.*»

«Jus quod circa res litigiosœ obtinebat nestereci imperatores confirmaverunt et auxerunt:—*Id. id.*»

«Neque solum de rebus vere ac propie litigiosis, id est, jam in judicium deductis, providerunt imperatores; verum Anastasis pro redemtoribus litium habuit eos qui actiones aliquas, etiam antequam motæ sint, datis pecuniis sibi cedit procurant, hoc statuto ut non possint eos exercere nisi intra quantitatem ıniæ quam pro earum pretio dederut. Ab hac lege excipit accessiores accio- ı hæreditariarum, quœ fiunt inter coheredes, cessiones quæ fiunt creditori exolvendum aliquod debitum, vel pignoris causa; item illas quœ fiunt posori, rei alienæ æstimationem inferenti, denique eas quæ fiunt ex causa ationis aut legati.—*L. per diver 22.—Cod.—55 mandat. Pothier tomo 18.*»

os cuales textos dicen :

ntes de la litis-contestación se puede libremente mudar de procurador, ó el principal á su cargo la instancia.

Digitized by Google

Después de la contestación puede también el reo que nombró procurador. mudarlo, ó transferir en sí el pleito, aunque no haya muerto el procurador ó esté en la ciudad, precediendo conocimiento de causa.

Y no solo se permite eso á quien nombró al procurador; sino también á su heredero y á sus sucesores.

En el conocimiento de causa no solo se examinan las causas ya expresadas para no obligar al procurador á la defensa del pleito, sino también la edad:

ó el beneficio de la religión, esto es que sea ó se haga religioso ó clérigo:

ó si se ha hecho sospechoso, ó se halle preso ó en poder de enemigos ó piratas:

ó impedido por juicio público ó privado, ó por enfermedad ó por algún grave asunto propio; ó si se hiciese afin de la parte contraria ó sea su heredero; ó esté impedido por largo viaje, ú otras causas semejantes. Y deberá mudarse pidiéndolo el mismo procurador.

Pero sí el contrario ó el mismo procurador dicen que el principal miente, se debe determinar esto ante el Pretor. El procurador que insiste en serlo contra la voluntad del Señor, se hace sospechoso; á menos que con ello mirase más á justificarse de alguna calumnia que á ejercer la procuración; pues deberá ser atendido cuando proteste ser su ánimo abstenerse de la procuración, en cuanto sea sin pérdida de su buena reputación, permitiéndose vindicar su propia estimación.

La ley prohibe la enagenación de las cosas litigiosas, sea á título de venta sea á título de donación.

Los últimos Emperadores continuaron y ampliaron el derecho observado respecto de las cosas litijiosas.

Esos Emperadores no proveyeron solo á las cosas real y propiamente litigiosas, es decir, ya contestadas en juicio, sino que *Anastacio* prohibió también comprar procesos y aun acciones antes que fuesen intentadas, estableciendo que los que las hubiesen comprado no pudiesen ejercerlas sino á concurrencia del precio que hubiesen pagado. Exceptuó de ello los accesorios de las acciones hereditarias entre coherederos, las cesiones hechas á los acreedores en pago de sus créditos, ó por causa de prenda, así como las hechas á los poseedores reintegrando el precio de la cosa adquirida de quien no era propietario; y en fin las hechas por causa de donación ó legado.

EXPLICACIONES.

Armonía de los dos Códigos. Tratan nuestros artículos 71 y 74 de la terminación del poder por revocatoria, y por la separación del apoderado. Pero no ha querido aquí el legislador contrariar ni modificar las disposiciones del artículo 1.663 del Código Civil sobre mandato, que dicen:

«El mandato se acaba:

1°. Por la revocación del mandante.

2°. Por la renuncia del mandatario.

3°. Por la muerte, interdicción, quiebra ó cesión de bienes del mandante ó mandatario.

4°. Por la inhabilitación del mandante ó del mandatario, si el mandato tiene por objeto actos que no podrían ejecutar por sí sin la asistencia del curador.»

Digitized by Google

Estudiemos, pues, los artículos de procedimiento, que solo se refieren al mandato judicial, á la luz de la disposiciones insertas del Civil, que son generales.

Revocatoria. Como se habrá notado ya, concuerdan ambos Códigos en que el mandato concluye por la revocatoria del mandante. Lo están también en que esa revocatoria puede hacerse en cualquier tiempo (art. 1664 C. civ.) pues el de procedimiento se expresa así: producida ó *introducida en cualquier estado del juicio* y aquél dice claro: *puede revocar el mandato siempre que quiera.* No hay, por tanto, lugar á la distinción antigua, de si se ha comenzado ó no el juicio por demanda y por respuesta; distinción que, por otra parte, se fundaba en el imaginado contrato que se operaba entre mandante y mandatario, por el acto de la contestación.

Ahora es de considerar que el artículo 1665 del dicho Código Civil dice: «La renuncia del mandato notificada *solamente al mandatario* no puede perjudicar á terceros, que ignorando la revocación, han contratado de buena fé con el mandatario, salvo al mandante su recurso contra el mandatario»; á la vez que el de procedimiento con la frase inserta *producida en cualquier estado del juicio*, está diciendo que respecto del poder judicial, ha de hacerse constar la revocación en el juicio. De lo cual se deduce que esa constancia es necesaria para que queden impuestos los tribunales y la contraparte de tal revocatoria; y que mientras no se haya llevado á los autos, aunque de ella se haya impuesto el mandatario, los actos ejecutados por éste son válidos para el adversario y para el tribunal, salvo, en nuestro concepto, prueba contraria, como la que resultara de la confesión del mismo adversario, de habérsele impuesto antes de la revocatoria.

El artículo 71 que estudiamos agrega, *aun cuando no se presente la parte ú otro apoderado por élla*, frase con la cual, á nuestro entender, ha querido explicar el legislador que con la constancia en el expediente, de la revocatoria, basta para que al apoderado cese, sin ser necesario ni que la misma parte se presente, ni que lo haga un nuevo apoderado.

Presentación de las partes. Antes, la sola presentación de la parte personalmente se tenía como revocatoria del poder y acostumbrábase hacer la salva de *sin revocar el poder conferido*, para que no se presumiese la revocatoria. Hoy el mismo artículo 71 en su primer aparte declara expresamente que la dicha presentación personal no causa la revocatoria del poder ni de su sustitución, á menos que se haga constar lo contrario: disposición que nos parece más jurídica y más expeditiva.

Presentación de nuevo apoderado.—En cuanto á la presentación de un nuevo apoderado, el segundo aparte del mismo artículo 71, declara que ella produce la revocatoria del primero, desde la presentación misma; concordante con el artículo 1666 del Código Civil que dice «el nombramiento de nuevo mandatario para el mismo negocio produce la revocación del primero, desde el día que se hizo saber á éste.»

Siempre, pues, deberá haber constancia en autos de la revocatoria del poder, de que la parte ha asumido su propia representación, y de que se ha constituido un nuevo apoderado; á fin de resguardar la validez de los actos, y de que nunca haya duda sobre la representación de la parte en el juicio.

Cuando la ley no había llegado á ser tan previsora como hoy, en que ella asume la presencia de la parte en el juicio en todo momento, y facilita las citaciones por medio de la prensa y de carteles, la revocatoria de poderes era ocasionada á abusos, porque no constituyendo nuevo apoderado y ocultándose la parte, no había como hacerle intimaciones, notificaciones y aun citaciones, y la justicia se retardaba y la providencia de los Jueces y los derechos de la otra parte quedaban burlados. Por fortuna ya no hay que temer tales perjuicios.

Digitized by Google

Causas de la revocatoria. La facultad que las leyes dan al mandante, de revocar el poder, es absoluta: sea cual fuere la causa, el apoderado no puede pretender continuar contra la voluntad del mandante, en el ejercicio del poder. Pero si la revocatoria obedece á sospechas ó juicios que hagan desmerecer al apoderado en su buen concepto público, ó si al efectuar la revocación no se usan las fraces corteces acostumbradas, *de dejarle en su buena reputación y fama*, ú otras que alejen interpretaciones perjudiciales, el apoderado en nuestro concepto, tiene derecho, no á resistirse en el ejercicio del poder, pero sí á pedir que el mandante exprese no obrar por ningún motivo que dañe el buen concepto de que goce, ó de lo contrario que diga esos motivos, para poder vindicarse el mandatario de cargos infundados ó injustos *pudorem serum purgans*, como decía la ley romana, y quedar en capacidad de ejercer las acciones legales contra injurias ó calumnias, ó cualquiera otra que le competa. El tribunal que conozca del negocio no podrá pasar de instruir á la parte, de la solicitud hecha, previniéndole que conteste. Si no lo hace, ó si su contestación diere lugar á controversia, el tribunal habrá de limitarse á dar á las partes las copias que pidieren para que puedan usar de sus derechos en juicio separado; á menos que los hechos alegados sean de tal naturaleza que deban influir en el procedimiento seguido ó en alguna parte de él, ó en la decisión definitiva del asunto donde obra la revocatoria: casos en los cuales podrá abrir y sentenciar una articulación que ponga en claro los hechos cuyo mérito pueda apreciarse en definitiva, solo en cuanto á tal influencia, y nada más. A las partes quedarán reservadas las acciones civiles ó criminales que pudieran derivarse; y aun el Tribunal podrá enviar copias al Juez del Crímen, si hubiere sospechas fundadas de prevaricación, cohecho ó algún otro delito.

Renuncia del mandatario. El segundo motivo expresado en el artículo 1663 del Código Civil, es *la renuncia del mandatario*, respecto de la cual dice el 1667.—« El mandatario puede renunciar el mandato notificándolo al mandante.» El 74 del Procedimiento, uno de los que estudiamos, declara que esa renuncia no producirá efecto respecto de las otras partes, sino desde que se haga constar en el expediente su notificación al poderdante. Armónica es, pues, esta disposición procesal con la del Código Civil. Pero la última, la de procedimiento requiere más, que la notifición al poderdante conste en el expediente, para que entonces produzca efectos respecto de las otras partes. Ya hemos dicho que en lo judicial hay que atender no sólo á los intereses de las partes, sí que también al de la justicia, que ni debe tener entorpecimiento en su curso, ni exponer las actuaciones á dudas ni á nulidades. La constancia en el expediente de tal notificación es el punto de partida respecto de las otras partes.

Sin necesidad de que llamemos la atención sobre la naturaleza del caso en que nos ocupamos, se habrá notado ya, que él es diferente de los que hemos tratado antes, de imposibilidad de aceptar el poder ó de seguirlo ejerciendo, por algún impedimento físico ó moral. Aquél es de renuncia, de voluntaria separación del cargo, en que todo se reduce á hacer constar en autos la notificación al poderdante; y los otros son de no querer ó no poder aceptarlo desde el principio, ó no poder continuar en él, en los que la solución se dá por medio de las sustituciones, según se ha explicado. Todavía más: en el caso de renuncia el aparte del artículo 1667 Código Civil agrega: « Pero si la renuncia perjudica al mandante. debe ser indemnizado por el mandatario, á menos que éste no pueda continuar en el ejercicio del mandato sin sufrir un perjuicio grave.» Y esto aclara más, las diferencias anotadas. Cuando el mandatario no acepta, ninguna responsabilidad puede afectarle, porque se trata de quién no quiere aceptar el contrato que se le propone, y su voluntad no puede ser forzada; ó bien de causas legales, de impedimentos reales que le imposibiliten de continuar, y en que se invoca el principio de que *ab imposibilia nemo tenetur.* Mientras que en la renuncia, en la separación voluntaria, se trata de romper los vínculos jurídicos que nacen del contrato aceptado. Justo es, que si esa separación es caprichosa, intempestiva ó injus-

Digitized by Google

tificada, responda del perjuicio el que así abandona sus deberes contraídos; como justo también es, que si la continuación le acarrea perjuicio grave, quede excento de esa responsabilidad para no sacrificarse en beneficio ajeno.

Cesación forzosa. Separación de las acciones. Viene ahora la cesación forzosa del mandato, surgida de hechos supervinientes, á que se contraen los artículos 72 y 73. Según aquél se verifica tal cesación, cuando el poderdante se separa de las acciones ó defensas deducidas en el pleito. Tan claro y tan natural es en tal caso la cesación, que no necesita explicaciones, bastando recordar que las acciones y derechos son verdaderas propiedades de los litigantes, garantizados por la Constitución y las leyes de fondo y de cuya libre disposición no puede privárseles. El objeto del mandato terminó por voluntad exclusiva de la parte; luego no hay materia para la continuación de los oficios del mandatario. Y éste no puede quejarse cuando el interesado ha hecho uso de un derecho legítimo, sin perjudicar á aquél, que queda en capacidad de emplear su tiempo y aptitudes en otro asunto.

¿Cómo puede efectuarse esa separación de las acciones y defensas? El Código se ocupa de ello más adelante, en el Título sobre desistimiento; y entonces será la oportunidad de estudiarlo.

Cesión de derechos, y muerte. El artículo 73 trae otros dos casos de cesación forzosa de la representación del mandatario, á saber: cesión ó trasmisión á otra persona de los derechos deducidos por el litigante; y muerte del litigante, ó caducidad de la personalidad con que obraba. En el primero, como no hay sino una sustitución voluntaria de persona, el juicio no tiene por qué paralizarse, y sigue su curso. En el segundo en que se trata de muerte del litigante, en el cual sus derechos pasan á sus correspondientes herederos, ó de caducidad de la personalidad con que obraba, que traspasa esa personalidad á otro, por fuerza ha de paralizarse el juicio mientras se cita á aquel ó á aquellos en quienes haya recaído el derecho ó la representación. Justo es que se haga saber á tales personas la existencia del pleito para que puedan acudir á la defensa de sus derechos. Pero en todos estos casos cesa por fuerza el encargo que se había dado al mandatario, porque los que suceden deben gozar de su natural libertad de escoger á quien le plazca, por ser ya suyo el negocio ó deber correr por su cuenta.

Lo que acabamos de exponer quedará mejor aclarado con ejemplos sencillos. Vése la parte que está cobrando un crédito judicialmente, en la necesidad de cederlo en pago á un tercero, y así lo hace constar en el expediente: viene el cesionario á poner constancia de su aceptación: cesa el apoderado del cedente, que deja de ser parte; y el cesionario, que entra en su lugar, queda en capacidad de seguir accionando por sí, y de constituir apoderado, sea al anterior, sea á otro. No hay, pues, motivo ni objeto para la paralización de la causa. Pero un tutor que sigue un pleito á nombre del menor, y cesa en la tutela por renuncia aceptada, remoción ú otra causa; ó un fiscal ó un administrador de rentas, etc., que seguían juicio con otro; y son sustituidos en sus puéstos por nnevos nombrados, dejan de ser partes en el respectivo juicio por cesación de la personalidad que tenían; y como no hay fundamento ninguno para establecer la presunción de que los nuevos nombrados estén en cuenta de la existencia y estado de los juicios, exigen la razón y la justicia, que se les cite para que puedan venir á cumplir y no sufran los intereses del menor, de las rentas, etc.

éngase presente que el legislador supone una cesión ó traspaso válido icaz, sin ocuparse de que sean ó puedan ser controvertidos. Son cuestio- de fondo en que la ley procesal se ciñe á la tramitación, sin dar ni ar derecho.

citado artículo 1.663 del Código Civil comprende en el número 3° la ..., interdicción, quiebra ó cesión de bienes así del mandante como del ...io. Nada dice el de Procedimiento respecto de la muerte de este úl-

Digitized by Google

timo, sin duda por ser absolutamente innecesario; pues siendo el mandato un encargo personal, los herederos de aquél carecen de toda facultad para mezclarse en el asunto, salvo en cuanto á los derechos adquiridos en la gestión que hizo. Fuera de estos derechos, ninguno pudo trasmitirle su causante; ni la ley puede admitirles á intervenir por el litigante en un pleito, cuando ella requiere siempre la legitimidad de la personalidad. Esto sin perjuicio de que si los herederos del mandatario tienen conocimiento del mandato, den aviso de la muerte, al mandante; y caso de poder tomar alguna medida urgente de carácter conservatorio, para la cual no se requiera personalidad jurídica, y que evite perjuicios, la lleven á cabo, en cumplimiento del artículo 1.669.

Interdicción, quiebra, etc. Tampoco dice nada el procedimiento sobre interdicción, quiebra ó cesión de bienes de uno y otro. Mas, como tenemos dicho que el Código de Procedimiento no deroga el Civil, claro es, que esas causas de cesación obran tanto en lo judicial como en lo extrajudicial. Y jurídico es, porque la interdicción, quiebra y cesión de bienes, cambian la condición de las personas y de los bienes mismos. La representación, en cuanto á los bienes, pasa á otras manos en la quiebra y en la cesión, y los mismos juicios pendientes se acumulan á aquellos otros; y en la interdicción pasa hasta la misma representación de la persona que queda inhábil. La del mandante en el juicio de que se trate, tiene por fuerza que cesar, por ser aquellas consecuencias derivadas de disposiciones expresas de la ley. Y en cuanto al mandatario quebrado ó cedente, aunque él represente derechos agenos, mal puede el legislador admitirlo en representación de otro, cuando su conducta en el manejo de sus propios bienes está *sub judice*, para poner en claro si obró con culpa ó sin ella, ó con dolo ó fraude; fuera de que, tratándose de todos sus bienes y deudas, conviene evitar todo aquello que pueda dar ocasión á confusiones y engaños. El fallido ó el cedente de sus bienes, debe atender con preferencia su propio negocio, en bien suyo y de sus acreedores.

Inhabilitación. Todavía el artículo 1.663 del Código Civil trae en su número 4° otra causa de terminación del mandato: la inhabilitación del mandante ó mandatario; pero con esta limitación, *si el mandato tiene por objeto actos que no podrían ejecutar por sí, sin la asistencia del curador.* Sabido es que en este caso, el cambio de condición personal no es tan completo como en el de interdicción. Conforme al artículo 388 del mismo citado Código, la declaratoria de inhabilitación *puede* ser más ó menos extensa, á juicio del Juez, y según las circunstancias. Si, pues, el mandante es el inhabilitado, todo encargo para hacer por apoderado lo que le esté prohibido realizar sin la asistencia de su curador, sería violatorio de la ley, y por ende nulo. Y si es el mandatario, estando inhabilitado para los actos que se le encarguen, como no podría ejecutarlo sino con asistencia del curador, éste excedería su misión mezclándose en negocio de tercero. Fuera de que sería contradictorio y absurdo que la ley permitiera al inhabilitado hacer para otro, cosas para las cuales le ha declarado inhábil por órgano del Juez; y aun suponer que el mandante mantuviera voluntariamente su encargo á un mandatario á quien ha sobrevenido tal cambio de condición. La regla es, pues, conforme al Código Civil, respetar las prohibiciones impuestas en la inhabilitación: lo que no esté comprendido en ellas es lícito.

Necesidad de la constancia en autos. Y por supuesto, que todas las causas de que hemos hablado, para producir el efecto de hacer terminar la personalidad ó representación en el juicio, deben constar en el expediente de éste; á fin de que pueda ser citado el mandante, si ha lugar; y se abstenga el mandatario de gestionar, ya que el artículo 1.668 declara válido lo hecho por éste en la ignorancia de lo acontecido, si también la otra parte ha obrado de buena fe.

—

Digitized by Google

Art. 75. Para la defensa de un asunto en un mismo Tribunal cada parte no podrá constituir más de tres representantes.

Si se han constituido varios apoderados para un mismo pleito conjuntamente, cada uno de ellos tendrá la plena representación del poderdante.

Art. 76. En cualquier estado del juicio, el apoderado y el abogado pueden estimar sus honorarios y exigir ejecutivamente el pago, salvo el derecho de retasa.

Art. 77. Los demás representantes, que lo son por virtud de la ley, y sus apoderados, estarán sometidos en sus gestiones en el pleito á las disposiciones del Código Civil, en cuanto á facultades, deberes y formalidades.

ESTUDIO 25.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO—.Los tres artículos son nuevos en nuestro Código. Ningún antecedente tenemos en nuestro derecho, salvo respecto del 76, lo que disponía el artículo de la Ley de Abogados y Procuradores de 1849 que daba también el derecho de cobrar los honorarios en cualquier estado del negocio; y respecto del 77, las disposiciones generales que obligan á todos á cumplir las del Código Civil.

DERECHO ESPAÑOL.—*La Ley 18, Tít. 28, Lib. 2, Recop.* disponía que cuando había dos ó más procuradores para una causa, se siguiese la instancia con el que la empezó; y si todos la habían comenzado, bastaba que uno de ellos la siguiese.

La Ley 14, Tít. 6º, *Part.* 3ª, daba acción para el cobro de honorarios al interesado que se negaba á darlos.

DERECHO ROMANO.—« Advocato honorari petitio est, quia ejus officium quantumvis nobili, gratuitum esse non debet: neminem enim puta laboris sui mercede convenit defraudari. »

Cuyo texto dice: Aunque el oficio del abogado es noble, no debe ser gratuito; porque á nadie debe defraudarse de la recompensa de su justa labor.

EXPLICACIONES.

Razones de la limitación de representantes. Tienen algunos como contraria á la libertad la limitación del artículo 75, de solo poder constituir cada parte tres representantes para la defensa de un asunto ante un mismo Tribunal. Pero aunque así sea, no puede negarse al legislador la facultad de hacerlo, cuando obran para ello razones poderosas, en interés de la igualdad de las p es ante la ley, y en interés de la justicia misma. ¿No podría ser un medio d brumar un litigante poderoso á uno desvalido, el de elejir un número g de, excesivo, de representantes, que le tengan en completo movimiento y arma, y le causen mayores gastos? En los lugares donde el número de a ados y procuradores fuese escaso, no podría llegar el rico hasta ponerlos t s á su servicio ó inhabilitarlos, para dejar sin defensa á su contrario? ¿Y n contribuiría eso á obstaculizar la expedición en la marcha del proceso, á r rgar las atenciones de los funcionarios judiciales, y á poner en juego las i de gran número de personalidades, que por correctas que sean,

Digitized by Google

pudieran dificultar, ya la comparescencia de testigos, ya la aceptación de encargos procesales en las experticias y otros actos? Sin duda que sí. ¿Y qué necesidad hay de un número mayor que el prudencial que la ley fija? Nótese que ésta dice, *en un mismo Tribunal*, lo cual no impide que puedan nombrarse uno, dos ó tres, para atender á las diligencias y gestiones que deban tener lugar en cada Tribunal distinto del del juicio? ¿No pone la ley limitaciones, ya en el numero de Tribunales, ya en el de miembros de los Tribunales, ya en el de expertos, y aun en los lapsos para las diferentes actuaciones? No hay, pues, por que extrañar la limitación á que nos referimos, pues que no es caprichosa ó destituida de fundamentos, sino por el contrario, previsora y prudente.

El aparte del artículo consagra una disposición que corta dudas, simplifica la defensa misma y facilita la expedición. Constituidos conjuntamente varios apoderados, no es preciso que concurran todos juntos para ningún acto: cada cual tendrá la plena representación de su poderdante, y la presencia de cualquiera de éllos será bastante.

Cobro de honorarios. El artículo 76 trata ya de otra materia, el cobro de honorarios del apoderado y del abogado, á quienes faculta para estimarlos y cobrarlos ejecutivamente en cualquier estado del juicio, dejando á salvo el derecho de retasa por parte del cliente. La justicia de la disposición á nadie se escapa: el mandato judicial no es gratuito, los que lo ejercen devengan honorarios, y pudiendo durar el pleito años, natural es que no se les obligue á aguardar el término, y puedan exigir el pago en cualquier estado del asunto. Habremos de tocar otra vez esta materia de honorarios, al estudiar las disposiciones sobre costas.

Facultades, deberes y formalidades de los representantes legales. Y el 77 se refiere á las facultades, deberes y formalidades en las gestiones del pleito, de los representantes dados por la ley y de sus apoderados, para establecer que están sometidos á las disposiciones del Código Civil. Esos representantes, como tenemos dicho, son el marido respecto de la mujer, los padres respecto de los hijos que están bajo su patria potestad, los diversos tutores respecto de sus pupilos, los curadores de toda especie respecto de sus curados, y los representantes de Institutos, Cuerpos, Compañías, y Comunidades. De todos ellos se ocupa el Código Civil, y les determina sus deberes y facultades, á los cuales deben atenerse, llenando aquéllos y no extralimitando éstas, para no incurrir en responsabilidades. Las cuestiones que pudieran surgir serían, por eso de fondo, extrañas á estos estudios, en cuanto no se ligaren con el procedimiento; que en cuanto á éste, á más de atender á dicho Código Civil tendrán también que ajustarse al de Procedimiento, y sobre todo respecto de formalidades, en que el primero las indica, sin detalles ordinariamente, y el segundo las reglamenta con más extensión. Así, todos, para otorgar poderes deben cuidar de no conceder facultades de que éllos carezcan, y de llenar las formalidades que para el otorgamiento exije el Título que estudiamos: para llevar á cabo actos en que el Código Civil requiere comprobaciones, autorización judicial, consulta ú otro requisito, han de ejecutarlo todo conforme á él, pero siguiendo las ritualidades del procedimiento; y así en cuanto á lo demás, sea de carácter extrajudicial, sea de carácter judicial ó contencioso.

Y para cerrar este Estudio sobre representantes judiciales, recordaremos, finalmente que éllos no están exceptuados de las obligaciones de mantener al mandante al corriente de cuanto pueda interesarle: de pedirle las instrucciones que las circunstancias requieran: de rendir cuenta de todo, incluyendo bienes, valores ó cantidades recibidas, y sumas gastadas en la gestión; y devolverle ó entregarle todos los documentos que le interesen, como poder, recibos, documentos, certificaciones etc.

Digitized by Google

Art. 78. No podrán ejercer poderes en juicio: el que no estuviere en el goce de sus derechos civiles; el que no sepa leer y escribir; el ciego, sordo ó mudo, ó que padezca enfermedad que le someta á reclusión; el militar en activo servicio; el sacerdote de cualquier culto, si no fuere en defensa de su iglesia; la mujer, salvo para defender á su cónyuge, á sus descendientes ó ascendientes de cualquier grado, ó colateral dentro del segundo; y el que no fuere abogado ó procurador con título, en negocio de mayor cuantía, y en lugares en que hubiere el número de abogados ó procuradores que señala la Ley de abogados.

ESTUDIO 26.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—El artículo es nuevo en casi todas sus partes. En el Código anterior sólo existia el artículo 166 relativo á la mujer, tomado éste del 164 del de 1873; y en la Ley de Abogados y Procuradores de 1849 el Art. 21 que se refería solamente á varios funcionarios y empleados públicos

En el Estudio 19 insertamos ya los antecedentes patrios y españoles sobre las disposiciones relativas á abogados y procuradores.

Derecho Español.—Respecto de las mujeres, la *Ley 5ª tít. 5º Part. 3ª* disponía: «Otrosí dezimos que muger non puede ser personera en juyzio por otri. Fueras ende por sus parientes que suben ó descienden por línea derecha, que fuesen viejos ó enfermos ó embargados mucho en otra manera. E esto quando non oviesse otri en quien se pudiesen fiar, para razonar por ellos.»

Respecto de menores, locos, sordos, mudos y prodigos, frailes y clérigos, soldados, empleados ausentes en comisión del servicio público, la prohibición se encontraba en varias leyes del *tít. 5º Part. 5ª*, que incluían también en ella á los Jueces, escribanos mayores de la Corte del Rey y demás oficiales que son poderosos por su oficio, con las mismas excepciones que se hacen a los soldados.

Derecho Romano.—En el Estudio 19 expusimos también las disposiciones por las cuales el Pretor prohibió postular á los menores de 17 años y á los sordos, á las mujeres, á los ciegos, á los condenados por crimen capital ó calumnias públicas, á los convencidos de crimen contra natura, á los que se contratan para lidia con bestias, á los infames y otros.»

Respecto de las mujeres la Ley 4, lib. 3, tít. 3, D. disponía así: «Fæminas pro parentibus agere interdum permittetur causa cognita, si forté parentes morbus aut œtas impediat; nec quenquam, qui agat habeant.»

Y la 1ª § 5°. tít. 1°. lib. 3, D. *de postul.* «Sexum dum fæminas prohibet pro aliis postulare, et ratio quidem prohibendi ne contra jusdicitiam sexui congruentem alienis causis se inmisceant, ne virilibus officiis fungatur mulieres. Origo veró introducta est á Carfunia improbissima fæmina, quæ inverecundé postulans, et magistratus inquietam, causam dedit edicto.»

Textos que dicen: A las mujeres se les permite en algunos casos litigar nombre de sus padres con conocimiento de causa, como cuando están imdos por enfermedad ó vejez, y no tienen persona que litigue por ellos.

r el sexo se prohibe á las mujeres que aboguen por otro, y la causa porque no se mezclen en pleitos ajenos, ni en oficios propios de hombres lesdoro de la honestidad que corresponde á su sexo. Esta prohibición tuvo

Digitized by Google

origen en una mujer desenvuelta llamada Carfunia, que ejerciendo el oficio de abogado con notable descaro, é importunando al Magistrado, dió motivo á este edicto.

EXPLICACIONES

Quienes no pueden ejercer poderes en juicio. El artículo inserto, final de este título, enumera las personas que no pueden ejercer poderes en juicio. Primero: el que no estuviere en el goce de sus derechos civiles, como son, los menores, entredichos, inhabilitados según hemos explicado, y los privados ó suspensos de tales derechos por sentencia ejecutoriada. Si son por la ley inhábiles para manejar lo suyo y estar en juicio; ¿como admitirles en juicio para representar á otros? Segundo: el que no sepa leer y escribir. Tal ignorancia le impide ejercer un cargo en que se necesitan mayores conocimientos, y en que sin la lectura y la escritura es imposible manejarse en un proceso, como á nadie se escapa. Tercero: el ciego, sordo ó mudo, ó que padezca enfermedad que le someta á reclusión. En cuanto á este último, si ha de estar recluido. le es materialmente imposible la gestión; y en cuanto á aquellos otros ¿como instruirse, expresarse de modo que le entiendan, defenderse? ¿Cuando ellos mismos necesitan ayuda agena, cómo admitírseles en los tribunales á defender á otro? Cuarto: el militar en activo servicio. Bien se comprende que quien depende de órdenes superiores y debe todo su tiempo al servicio, sometido á leyes rigurosas, está imposibilitado de atender pleitos agenos, fuera de otros inconvenientes que la misma carrera de las armas producirían. Quinto: el sacerdote de cualquier culto, salvo para defender su iglesia. El se debe todo á su misión evangélica, de enseñanza, de auxilios espirituales, de paz, de caridad, con todo lo cual son incompatibles las luchas judiciales, en las que sufriría desdoro la respetabilidad de su propio carácter. Sexto: la mujer, salvo los casos que expresa el artículo, y que vienen de atrás en las leyes y en la doctrina. Y es de advertir que para estos casos de excepción necesita poder, menos en aquellos en que la ley misma la exima de él, por reunir la cualidad de madre ú otra. Y séptimo: el que no sea abogado ó procurador con título. Respecto de esto, hemos dicho cuanto debíamos en el estudio 19 ya citado.

TITULO III.

DEL FUERO COMPETENTE.

Art. 79. La competencia se determina por la materia, por el valor de la demanda, por el territorio y por la conexión ó continencia de la causa.

ESTUDIO 27.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—El artículo copiado es el 23 de los Códigos de 1873 y de 1880.

Código de 1838. Aunque en las diversas disposiciones de este Código sobre

Digitized by Google

competencia, se ve que las fuentes de ésta son las mismas del artículo copiado, no está formulado el principio de modo concreto.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 2ª, Tít. 4, Part. 3ª* « Judgadores para judgar los pleytos, segun diximos en la ley ante desta, son omes que tienen muy grandes logares. E porende los antiguos non tovieron por bien que fuessen puestos, quanto á lo temporal, por mano de otro sino de aquellos que aquí diremos: assi como Emperadores ó Reyes, que han poder de poner aquellos que son llamados Ordinarios..... »

Ley 1ª, Tít. 1, Lib. XI, Nov. Recop.: « Tenemos por bien que todos los juzgadores para librar los pleytos, sean puestos por nuestra mano, ó por los Reyes que después de Nos vinieren; porque aquellos que son llamados Jueces ó Alcaldes ordinarios para librar los pleitos, no los puede poner otro, salvo los Emperadores ó los Reyes ó á quien ellos lo otorguen ó diesen poder señaladamente..... »

DERECHO ROMANO.—*Ley 2, 14, Tít. 11, Lib. I, D.*: « Quod ad magis tratus atinet initio civitatis hujus constat, Regem omnem potestatem ha buisse. »

Cuyo texto dice: Consta que desde el principio tiene el Rey toda potestad en cuanto toca al Magistrado.

EXPLICACIONES.

Poder de administrar justicia. Esfera internacional. Como todo Estado soberano é independiente tiene potestad de dictar las leyes que han de regir en su territorio, tiene también la facultad de administrar justicia en él, como uno de los medios indispensables para el cumplimiento y aplicación de esas leyes y de satisfacer una ingente necesidad social. Ese poder de administrar justicia es lo que constituye la *jurisdicción.* El primer punto de vista bajo el cual ha de considerarse ésta, es por tanto, el de la esfera internacional, pues ninguna nación puede arrogarse la facultad de administrar justicia en asunto que no le toque, ó que corresponda al poder judicial de otro Estado soberano. En esa esfera, son los principios del derecho de gentes y los del derecho internacional privado, derivados de él, los que gobiernan, y á los cuales ha de atenerse el poder judicial de cada país,

Jurisdicción territorial. El segundo punto bajo el cual ha de considerarse la *jurisdicción* ó poder de administrar justicia, es el intra-territorial, ó sea dentro del propio territorio del Estado, en asuntos que á él corresponden, Bajo este aspecto, son la Constitución y las Leyes Orgánicas, que discriminan. definen y reglamentan los Poderes Nacionales, las que han de servir de norma, especialmente en cuanto se refieren al Judicial. A este Poder está encomendada la *jurisdicción* ó sea el administrar la justicia; y se comprende desde luego que la diversa naturaleza de los negocios, su importancia, su multiplicidad y otras circunstancias, hacen imposible que un sólo y único tren de Tribunales pudiera dar evasión pronta y atinada á todos los asuntos y en todos los ramos, en toda la extensión del país. Por eso ha sido menester dividir el ejercicio de la *jurisdicción*, estableciendo distintos órdenes de Tribunales, que todos en su esfera obran en nombre de la soberanía nacional. División tiene, por consiguiente, como base, de una parte, la naturaleza de diversa de los negocios; y de otra parte la extensión del territorio, determinar los límites dentro de los cuales han de funcionar aquellos s trenes, y las materias en que hayan de ocuparse. Al considerar esto país organizado constitucionalmente, bajo el sistema federativo, había rse presente, la autonomía conservada por cada Estado en cuanto á inistración de justicia, y á los asuntos de su resorte. Y dado que entre ses de la Unión es uno el compromiso de organizar sus Tribunales y ra la más cumplida administración de justicia, y de tener todos

Digitized by Google

una misma legislación sustantiva civil, comercial y penal, y unas mismas leyes de procedimiento civil y criminal; y que se hace expresa declaratoria de ser independientes los Tribunales de Justicia en los Estados, y de que las causas en ellos iniciadas terminarán en ellos, sin más examen que el de la Corte de Casación, en los casos que la ley lo permite; por fuerza había de establecerse en el país una jurisdicción ó administración de justicia nacional, y otra jurisdicción secional, de los Estados y del Distrito Federal. Y así es. En cada Estado, como en el Distrito, hay un tren de Tribunales compuesto: de Jueces de Parroquias para una ó varias de éstas: Jueces de Distrito, Departamento ó Cantón, para cada una de esas Entidades, que son un grupo determinado de Parroquias: Jueces de 1a Instancia, ó para todo el Estado ó para grupos de Departamentos ó Cantones: Cortes ó Tribunales Superiores, y Corte Suprema; y sobre todos éllos, y sólo para los efectos del recurso de casación y alguna otra atribución judicial, la Corte de Casación, como Supremo Tribunal de los Estados. Y en cuanto á la Unión, ella ha organizado: Tribunales de Hacienda para los asuntos de contrabando y comiso y cobros de derechos de importación, en cada puerto habilitado: Corte Federal, superior en grado á los de Hacienda, de única instancia para varios asuntos nacionales, como demandas contra la Nación, controversias sobre contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional, y otros, y de carácter político y administrativo: Tribunales de Cuentas para las que se llevan en las Aduanas, Tesorerías y oficinas nacionales; y jurados militares.

Conocido ya lo que sustancialmente constituye la *jurisdicción*, y los distintos grupos de Tribunales en que está distribuida en Venezuela, tócanos indicar las divisiones que de ella hacen los autores para mejor conocimiento de la materia y del tecnicismo que se emplea.

Divisiones de la jurisdicción. La palabra *jurisdicción* se deriva de la expresión latina *jus dicere*, y envuelve sólo la idea de declarar ó aplicar el derecho á los casos particulares, pero no de formarlo ó establecerlo. *Jurisdictio non intelligitur datio sive potestas juris concedendi, sed juris dicendi.*

Diferenciábanse antes la *jurisdicción* y el *imperio*, limitando aquélla al mero conocimiento y fallo de la cuestión controvertida, y significando éste el poder de ejecutar; y aún dividíase el imperio en mero y mixto. Pero tales diferencias han desaparecido por inútiles, considerándose la facultad de ejecutar como necesaria consecuencia del poder de juzgar.

La primera división de la *jurisdicción* es (cuanto á lo civil de que únicamente nos ocupamos) en *ordinaria* y *especial*. La primera, llamada por *Escriche* y otros escritores, *real ordinaria*, es la común, la general, que extiende su acción á todas las personas, sean naturales ó jurídicas, venezolanas ó extranjeras, y sobre todas las causas civiles, con solo la excepción de aquellas que por su materia ú otra razón, comete expresamente la ley á otra jurisdicción. La *especial*, es la excepción de esa general, y sólo abraza los asuntos que expresamente ha querido la ley someterle. Común ordinaria es, por tanto, la que tienen los Tribunales establecidos legalmente en los Estados y en el Distrito Federal, y la que ejercen los Tribunales de Comercio con arreglo al Código Mercantil; y especial, la de los Tribunales Militares, de Hacienda y la de la policía en los asuntos de mero hecho.

La segunda división de la *jurisdicción* es, en *voluntaria* y *contenciosa*. Es la primera la que se ejerce fuera de juicio sin contradicción de parte, en materias en que se necesita la interposición de la autoridad judicial para validar ó confirmar un acto, y en élla se obra casi siempre con conocimiento de causa por la vía informativa. A ésta corresponden la adopción, la emancipación, la legitimación, la dación de tutor ó curador, las licencias y autorizaciones á la mujer casada y á los tutores, y otros actos semejantes. Esta jurisdicción se convierte en contenciosa desde el momento en que hay reclamación de parte contra la celebración del acto ó la manera de ejecutarlo.

Digitized by Google

La *contenciosa*, como su nombre lo indica, es la que se ejerce en las controversias de los litigantes, y exige para su resolución conocimiento de causa por medio de la prueba legal, ó sean las ritualidades del juicio. La tercera división de la jurisdicción es, en *propia* ó *delegada*. *Propia*, es la inherente á las funciones del cargo judicial que se ejerce, según la ley, y no procede de la voluntad de ningún otro magistrado ni particular. *Delegada*, es la que proviene de comisión ó encargo del que la tiene propia, cuando la ley se lo permite; y según veremos más adelante, se limita á la práctica de diligencias de mera sustanciación ó de ejecución.

La cuarta división es, en *privativa*, ó *acumulativa* ó *preventiva*. La privativa, es la que la ley dá á un Juez ó Tribunal, con exclusión de otros, que han de abstenerse de conocer en el negocio. Y *acumulativa* ó *preventiva*, la que se dá á dos ó más Jueces ó Tribunales, de suerte que la ejerce, el primero que la aprehendió ó comienza á conocer, por ejemplo, en la autorización para venta de inmueble á una mujer casada, que pueden darla ó el Juez del domicilio ó el Juez de la ubicación de la cosa.

Y la quinta división que hacen los maestros, de la jurisdicción, es en *forzosa* ó *prorrogada*. La *forzosa* es la misma privativa de que hemos hablado, que viene de las facultades dadas por la ley. La *prorrogada* es la que se dá á un Juez incompetente, por voluntad expresa de las partes en acto explícito de sometimiento á él, ó tácita, deducida de proponer el actor su demanda ante ese Juez, y de no oponer el demandado oportunamente la declinatoria de jurisdicción, ó de reconvenir ó contrademandar ante el mismo Juez.

Prorrogación de jurisdicción. Debe, pues, haber jurisdicción en el Juez para que pueda prorrogársele. *Quod non est non potest prorrogari*, como dice Gregorio López. A quien no es Juez, no lo puede hacer tal sino la ley; y sí las partes podrían hacerlo árbitro por su voluntad, no le pueden dar ni prorrogar una jurisdicción de que carece, porque eso es de derecho público interno, y no de los particulares. Pero siendo Juez, su jurisdicción es limitada, porque ninguno la tiene general ó universal, sino dentro de limitado territorio y en materias ó asuntos determinados; conforme á la organización judicial establecida por la ley. Puede por tanto suceder que la jurisdicción que tiene, no comprenda el negocio que se ventile; y es entonces que puede tener lugar la prorrogación de jurisdicción. Se concibe que un Juez de 1ª Instancia ú otro ordinario no podrían conocer de un negocio de comiso, atribuido á los Tribunales de hacienda, ó sobre contrato celebrado por el Poder Ejecutivo, atribuido á la Corte Federal, ó de un recurso de casación, que corresponde á la Corte de Casación; y por consiguiente, no podría darse prorrogación de una jurisdicción que no existe. Pero ese Juez de 1ª Instancia sí tiene por la ley jurisdicción para conocer de un cobro de dinero de mayor cuantía, ó de reivindicación de bienes, etc.; y no obstante, puede no ser el llamado á conocer en el caso, aunque verse el juicio sobre esos puntos, porque el demandado esté sujeto á una jurisdicción extraña por su domicilio, ó porque la cosa esté ubicada en otro territorio distinto. Entonces, como el obstáculo nace del beneficio de la ley en favor de la persona del demandado, por razón de su domicilio ó del lugar de la ubicación de la cosa, es que puede darse la prorrogación de la jurisdicción á ese Juez, por voluntad de las partes, como se ha explicado. En consecuencia, puede decirse en general, que la prorrogación de jurisdicción no tiene lugar cuando es *ratione materiæ*, sino en caso de ser *ratione personæ*; porque en lo primero se interesa el orden público, que no está al arbitrio de las partes, y en lo segundo, el interés de éstas.

El consentimiento del Juez es necesario? Discuten los autores si para la prorrogación de la jurisdicción se necesita también el consentimiento del Juez á quien se prorroga. *Escriche* sostiene la afirmativa, fundándose en que ni las convenciones, que por regla general, sólo obligan á los que las contraen, ni las renuncias de las excepciones declinatorias, son capaces de imponer á

Digitized by Google

los Jueces la *obligación* de salir del círculo de su jurisdicción, pues sólo le dan la *facultad* de conocer en esos asuntos á que se refiere la prorrogación; y que los Jueces, si quieren, pueden inhibirse de tal conocimiento. *Caravantes* se decide por la negativa, no solo por creer decisiva la *Ley 2, § 1, Tít. 1, Lib. 5, del Digesto*, en que *Ulpiano*, apoyado en la *Ley Julia*, piensa que basta el convenio de las partes para dar la jurisdicción, aún ignorándolo el Pretor, (lo cual combate Escriche limitando el alcance de esa ley y la opinión de Ulpiano á la prórroga de la jurisdicción sin extenderla á *obligar* al Juez á conocer); agregando *Caravantes*, que no es sólo la voluntad de las partes la que obliga al Juez á entender en el negocio, sino que esa voluntad está corroborada por la ley, pues los litigantes en tal caso no hacen más que usar de una facultad que el legislador les concede. *La Serna* y *Montalván* dicen sobre el punto: « Nosotros, firmemente persuadidos de que la prorrogación de la jurisdicción es un beneficio concedido por la ley á las partes que litigan, juzgamos que basta su consentimiento para que aquélla se verifique. » Y en fin, *Sanojo* va aún más adelante, y opina que, dando el Código Civil á las partes el derecho de elegir domicilio, ó sea de fijar el lugar donde haya de seguirse el juicio, y no hallando diferencia entre fijarlo con anticipación al juicio ó fijarlo en el juicio mismo, prorrogada jurisdicción en el caso de que tratamos, *habrá de declararse sin lugar la competencia que promueva el Juez del territorio al de la jurisdicción prorrogada.* Según esta opinión, no sólo el Juez á quien se ha prorrogado la jurisdicción está obligado á conocer, sino que el Juez del territorio, ó sea el que debiera conocer sin esa prorrogación, debe abstenerse y no promover cuestión de competencia á ese otro. Y eso es conforme á los principios; pues si la ley dá á las partes el derecho de elegir domicilio, ó sea el lugar donde haya de seguirse el juicio, la resistencia de los Jueces á respetar ese derecho, haría depender la disposición de la ley de la voluntad de éllos, sobreponiéndose ésta á la del legislador; cosa inaceptable, pues precisamente la misión de los Jueces es la de cumplir y hacer cumplir la ley.

Modos de prorrogación. Entran también los autores á explicar los modos de prorrogación de la jurisdición, así: de *persona á persona, de causa á causa ó de cantidad á cantidad, de lugar á lugar, y de tiempo á tiempo.* Después de lo que dejamos dicho, no necesitamos, en verdad, otras explicaciones sobre la materia; pero como al consultar los escritores españoles, nos encontramos con las teorías que éllos establecen acerca de aquellos modos de prorrogación, conviene que las hagamos conocer para la mejor inteligencia de la materia.

Si la prorrogación de *persona á persona*, tiene lugar, como dicen generalmente los autores, cuando uno se somete á la jurisdicción de un Juez incompetante para él, por razón del domicilio, nos parece correcta y conforme con lo que hemos establecido.

Si la de *causa á causa* es la misma de *cantidad á cantidad*, según *La Serna y Montalván* y *Tapia*, y consiste en dar competencia á un Juez que sólo conoce hasta cierta cuantía, para conocer de un asunto de cuantía mayor, nos parece que no procede la prorrogación, porque contraría la organización de los tribunales, la jerarquía, y hasta los mismos procedimientos, en todo lo cual se interesa el orden público, que no puede ser relajado ni derogado por convenios particulares; y si son diferentes, y según *Caravantes*, la de *causa á causa* se hace consistir en dar competencia á un Juez en un asunto que no está en el círculo de sus atribuciones, tampoco es procedente por la misma razón expresada. *Escriche* sostiene la prorrogación de *cantidad á cantidad*, citando *la Ley 74, Tít. 1, Lib. 5º, del Digesto: «Judex qui usque ad certam summan judicare jussus est, etiam de re majori judicare potest, si inter litigatores conveniat,* » y citando tambien sentencias de la Corte de Casación francesa, para combatir á *Goyena y Aguirre* en el *Febrero;* pero conviene en que no puede hacerse de causa ó negocio á otra causa ó negocio extraño á las atribuciones del Juez.

Digitized by Google

Si la prorrogación de *lugar á lugar* se verifica cuando el Juez ejerce su autoridad por acuerdo de las partes, fuera del territorio de su demarcación, como dicen *La Serna* y *Montalván*, opinamos con éllos que no es aceptable, pues si las partes pueden hacerlo arbitrador, no pueden darle en territorio ageno el carácter de Juez que la ley no le concede. *Escriche* sostiene tal prorrogación, pero exige permiso expreso ó tácito del otro Juez. Mas, si como cree *Caravantes*, la prorrogación de *lugar á lugar* se hace cuando se da competencia al Juez que no la tiene por razón de no estar dentro de su territorio la cosa demandada, pensamos con el autor que sí procede entonces la prorrogación.

Por último, la prorrogación de *tiempo á tiempo* se refería, tanto por derecho romano como por derecho español, cuyas disposiciones cita *Escriche*, á la jurisdicción delegada por determinado tiempo, permitida entonces, para hacerla durar más allá de ese tiempo; por lo cual no puede tener lugar ahora en que semejante delegación no es posible, como opinan generalmente los autores. Y aunque *Hevia Bolaños* en la *Curia Filípica*, *Part. 1*, § *4*, *Núm. 24*, la refería al caso en que el Juez nombrado para un período de tiempo, continuase después de concluido mientras no era reemplazado, como observa con acierto *Caravantes*, eso no era prorrogación de jurisdicción, que supone convenio de las partes, sino mero cumplimiento del deber de estar en el puésto hasta ser reemplazado.

Para completar este estudio en cuanto á la materia de jurisdiccion, tenemos que volver atrás, á la división en común ordinaria y especial. Desde que según nuestra Constitución y leyes orgánicas, la jurisdicción civil ordinaria está encomendada á los Poderes Judiciales constituidos en los Estados y en el Distrito Federal, no existen en éllos otras jurisdicciones especiales que funcionen á su lado, que la mercantil y la de policía, de las cuales hablaremos. De suerte, que bien podemos decir que la jurisdicción que ejercen los Tribunales de la Unión para los asuntos nacionales, es jurisdicción especial, privativa de éllos, y limitada á las funciones que les dan la Constitución y leyes que la crean. Así el Tribunal de Cuentas no pasa de conocer y fallar en los reparos hechos en la Oficina de Examen, de las cuentas llevadas en las Aduanas y Tesorerías Nacionales, y de ejercer alguna otra atribución legal relacionada con esa materia: los Tribunales de Hacienda, que lo son de 1ª Instancia en los puertos habilitados para las causas de contrabando y de comiso, y alguna otra determinada por la ley, está encerrada en esos estrechos límites; y la Corte Federal, viene á ser Tribunal de alzada en esos negocios. Pero este Alto Tribunal, es á la vez un Cuerpo complexo, *sui géneris*, que tiene: de político, para ocuparse de ciertas materias en sesiones especiales como formación de ternas ó senarias para ciertos empleos, colisión de leyes y otras: de Tribunal contencioso-administrativo, en las controversias á que dan lugar los contratos de interés público celebrados por el Ejecutivo y á veces las que se originan de las concesiones de tierras baldías, y de las expropiaciones para obras públicas: de Tribunal Supremo Nacional, en las reclamaciones de perjuicios de los extranjeros, en las demandas contra la Nación, en las consultas de fallos militares y algún otro: de Jurado Nacional para juicios de responsabilidad del Presidente de la República y Ministros del Despacho y Diplomáticos Venezolanos; y que dirime, en fin, unido á la Corte de Casación, ciertos conflictos de competencia, y dá el pase á las sentencias extranjeras. Es, en suma, como se ve, una Corporación de fisonomía múltiple, á veces Tribunal superior jerárquico, á veces Tribunal especialísimo de única instancia, á veces mero cuerpo político con funciones varias. Y sin embargo, no tenemos propiamente una jurisdicción contencioso-administrativa bien definida, bien reglamentada, que atienda á ese ramo y despache lo que es de su resorte, con la brevedad requerida, para no exponer los intereses públicos ni sacrificar tampoco los de los particulares. Se concibe que las medidas administrativas del Ejecutivo en los diversos ramos, pueden dar lugar á reclamaciones que es indispensable resolver, en ocasiones con prontitud

Digitized by Google

y urgencia, y en otras sin omitir las formalidades más lentas de juicios formales; y ningún norte se tiene, ningún camino claro, preciso, está abierto por las leyes para discriminar casos tan diferentes. Concíbese también que hay que sustanciar y resolver con tino y madurez asuntos delicados de reclamaciones que se hacen al Gobierno, en que acaso haya justicia, por lo menos en p rte, que deba ser atendida, ó por el contrario, que el Gobierno deba rechazar con fundamento. Y falta la voz de ese Tribunal de lo contencioso, como se tiene en otros países.

Tribunales de policía. Actúan, y deben actuar al lado de los Tribunales ordinarios de los Estados y del Distrito, los de la jurisdicción especial de lo contencioso de policía, creados por las ordenanzas del ramo, que á la vez que amparan y mantienen á los propietarios en el hecho del uso y goce de lo suyo, resuelven en el acto, ó rápidamente, cuestiones entre particulares en varios asuntos, como acueductos ó acequias de riego, de molienda ó de impulsos, estacadas y desechos en los ríos, etc., con tal que no excedan de su esfera, bien definida por cierto, de no conocer del derecho, sino sólo del nudo, del mero hecho. Y justo es reconocer que esa misión, aunque modesta, es de suma importancia en los campos y aun en los mismos poblados, para mantener el orden y garantizar los derechos ciudadanos. ¿A quién ocurre un padre de familia, un hombre pacífico que mora tranquilo en una casa suya ó alquilada, ante un temerario que se introduce en élla notificándole que va á instalarse allí porque se cree con derecho? ¿Habrá de librar un combate personal para arrojarlo, ó habrá de ocurrir á un Tribunal, de procedimiento siempre lento, sin encontrar que hacer mientras tanto? Allí se impone la intervención de la policía, que ocurre en el acto á averiguar la verdad, y á hacer retirar al intruso para que ocurra judicialmente á ventilar el derecho que crea tener. Así ampara y mantiene el hecho de la posesión, sin lesionar derecho alguno. Vamos á citar un caso que hemos visto prácticamente, en que por desconocer los Tribunales ordinarios esa jurisdicción de la policía, pusieron una valiosísima finca de caña dulce, que tenía título y posesión seculares de un acueducto para sus riegos y moliendas, en inminente riesgo de perderse. El río de donde se surtía la acequia, con el ímpetu de una avenida extraordinaria había arrasado la rivera, arrastrado las tomas, y convertido todo en un arenal, donde apenas quedaban algunas estacas. Al empezar la época de sequía, el propietario mandó rehacer la toma y á recorrer su rasgo de acequia. Pero existía otro acueducto, de pocos años, de escasa capacidad, para riego de unas pequeñas siembras de pasto, cerca de aquella antigua acequia, del cual había dejado la avenida algunos vestigios, con los cuales tropezaron los obreros encargados de rehacer la acequia de la hacienda. Eso bastó para que el dueño del pequeño acueducto ocurriese al Tribunal ordinario intentando interdicto de restitución, diciéndose despojado de su toma, y para que el Tribunal acordase la restitución, dejando privada á la hacienda de caña del agua necesaria para sus riegos, en esa época del año, en que tales siembras no pueden resistir sin éstos, más de ocho ó diez días, en climas ardientes. El dueño de la hacienda hizo inmediatamente oposición con su título; pero el Juez de 1a Instancia abrió la articulación de tales casos, cuyo término probatorio por sí solo era bastante para la ruina de las cañas por falta de los riegos; y siguióse un juicio que vino hasta la Corte de Casación. ¿Qué habría sido de aquella valiosa finca durante los largos meses que trascurrieron? Por fortuna, á pesar del pleito, y sin tocar el punto de disputa, la policía intervino, hizo correr niveles, y encontró una toma [illegible] dirección que en ninguna parte tocaba el principio de rasgo discutido, [illegible] empataba más abajo al acueducto de la hacienda, surtiéndola del agua [illegible] saria. Si el Juez no se hubiera desentendido de la jurisdicción de la po[illegible] al ver desde el principio que ninguna de las dos partes disputaba á la [illegible] ni derecho de propiedad, ni derecho de posesión, ni prioridad siquiera [illegible] uso del agua del río, pues se reconocía preferencia á la acequia a[illegible] se habría persuadido de que no había materia para interdicto, que [illegible] trataba de un punto de mero hecho, cual era escoger los punto[illegible]

Digitized by Google

y dirección de los dos rasgos, y habría impedido un largo y costoso pleito absolutamente inútil, con mandar á la parte querellante á la autoridad competente de la policía.

Jurisdicción mercantil. Dijimos que al lado de la jurisdicción civil ordinaria en los Estados y el Distrito, actúa la jurisdicción mercantil que es plena, ejercida por los mismos Tribunales ordinarios, que sentencian con comerciantes asociados, nombrados oportunamente por la autoridad. Para conocer bien la extensión de esa jurisdicción han de tenerse presentes el artículo 2º del Código de Comercio que define los comerciantes: el 3º que indica los actos de comercio: el 933 que establece la jurisdicción: los 934 y 935 que hacen ciertas explicaciones; y varios otros concordantes. Ellos deben ser consultados en los casos que ocurran.

Jurisdicción marítima. Pero hay ciertas materias del resorte de la Unión, relacionadas con el comercio marítimo, sometidas á la jurisdicción especial de marina, ejercida hoy en 1a Instancia, conforme á los decretos de 1° de febrero de 1881 por los Jueces Nacionales de Hacienda y Administradores de Aduanas que sustituyeron á los Comandantes de apostadero y á los Capitanes de puerto. Esas materias son las causas de presa, naufragio, abordaje, salvamento y demás á que se refiere la Ordenanza de matrículas de mar de 1822, y á que se referian los *números 17 y 18 de la Ley 10, Tít. 7, Lib. 6, de la Nov. Recop.;* debiendo advertirse que esa jurisdicción especial ha de limitarse, en los naufragios, abordajes, salvamentos, etc., á la parte facultativa y criminal del hecho, auxilios, socorros de los náufragos y salvamento del buque y carga, sin entrometerse en las materias peculiares del comercio, pues tal jurisdicción no menoscaba ni altera las facultades de los Tribunales mercantiles, en cuanto á éstos corresponde, conforme á las disposiciones relativas al comercio marítimo del Código Mercantil.

Fuero. Expuesto cuanto hemos creído conducente acerca de la jurisdicción, entremos en el estudio del Título. Este lleva por mote *Del Fuero Competente.* Detengámonos un momento en los términos. La palabra *fuero* trae de lo antiguo, y especialmente de la Edad Media, varias acepciones distintas, que indica *Escriche*, en primer término, compilaciones de leyes, usos y costumbres, cartas de ciertos privilegios, exenciones, etc., instrumentos de ciertas donaciones, cartas de reyes y señores de concesiones á villas y pueblos, etc. Y más especialmente significa, según el mismo autor: 1°, el lugar del juicio ó sitio en que se administra justicia: 2°, el juicio, la jurisdicción ó potestad de juzgar: 3°, el Tribunal del Juez á cuya jurisdicción está sujeto el reo ó demandado, en el cual sentido es que se llama *fuero competente*; y 4º el territorio ó Distrito.

Divisiones del fuero. En el sentido de lugar del juicio y de jurisdicción, tiene el *fuero* la misma división de *ordinario* y *especial* ó *privilegiado.* Así, mientras unos enumeran los privilegiados, llamándolos jurisdicción eclesiástica, militar, de extranjería, etc., otros como *La Serna y Montalván* los denominan fuero eclesiástico, fuero eclesiástico castrense, fuero militar, de alabarderos, de artillería, de ingenieros, de marina, etc. De todos esos fueros que tuvo España, como privilegios concedidos aun en materia civil, á ciertas condiciones ó á ciertas profesiones, ninguna queda en pie, abolido como ha sido todo fuero entre nosotros; sólo conocemos, como excepciones del fuero común ordi- [illegible], aquellos especiales que por la naturaleza misma de los diversos asuntos [illegible] nuestra organización interna y nuestra división territorial, ha sido preciso [illegible] con funciones privativas para que la justicia pudiera administrarse en todos [illegible]os.

[illegible]ado el sentido jurídico de las palabras *fuero competente*, de que usa [illegible]ro legislador, como equivalentes al Tribunal del Juez á cuya jurisdicción [illegible]ujeto el reo ó demandado, convienen ahora algunas explicaciones sobre [illegible] voz *competente*, y nada mejor podemos hacer, que copiar aquí las

Digitized by Google

que trae *Manresa* y *Navarro* en sus importantes comentarios á la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.

« *Fuero competente.* Juez competente : jurisdicción : competencia : cuestiones de competencia. Todas estas palabras juegan en el presente Título, y conviene definirlas y explicarlas para la mejor inteligencia de las disposiciones que contiene. Son también de uso muy frecuente en el foro, confundiéndolas á veces como sinónimas, cuando tienen distinta significación. »

« *Juez competente,* se llama al que tiene jurisdicción para conocer del negocio que ante él se ventila ó haya de ventilarse. Toda demanda ó pretensión judicial debe interponerse ó deducirse ante Juez competente, y es tan esencial esta circunstancia, como que la incompetencia del Juez produce la nulidad de lo actuado y dá lugar al recurso de casación : de aquí la importancia que tienen las reglas para determinar la competencia, y que conviene consultar en cada caso. »

« *Jurisdicción* y *competencia,* son ideas íntimamente relacionadas, como lo demuestra la anterior definición, pero que realmente son distintas, y es necesario no confundirlas. *Jurisdicción,* es la potestad de que se hallan revestidos los Jueces para administrar justicia ; y *competencia,* la facultad que tienen para conocer de ciertos negocios, ya por la naturaleza misma de las cosas, ó bien por razón de las personas : la primera es el género y la segunda la especie. No se concibe un Juez sin jurisdicción, y teniéndola puede carecer de competencia; al paso que ésta no puede existir sin aquélla : para que un Juez tenga competencia se requiere que el conocimiento del pleito ó del acto en que intervenga esté atribuido por la ley á la autoridad que ejerza..... La jurisdicción emana siempre de la Ley, directa é inmediatamente : nadie puede ejercerla sin que la ley le haya concedido este poder ; sólo tienen jurisdicción, sólo pueden administrar justicia, las personas á quienes les ha sido conferido este poder con arreglo á la ley ; mas la competencia del Juez para conocer de un negocio, aunque se deriva también de la ley, unas veces trae de élla su origen directa, inmediata y exclusivamente..... y otras lo tiene de la voluntad de las partes, cual sucede en los de sumisión expresa ó tácita, de que tratan otros artículos que veremos adelante, Para expresar que un Juez *tiene competencia* para conocer de un asunto determinado, suele decirse que *tiene jurisdicción,* y en muchos casos es impropio este lenguaje, por la razón indicada de que puede tener jurisdicción y carecer de competencia, y como ésta no puede existir sin aquélla, se empleará con más propiedad la primera enunciativa. »

Fuentes de la competencia. Después de cuanto dejamos expuesto, hagamosnos cargo del artículo copiado. El se limita á decirnos que la competencia se determina por la materia, por el valor de la demanda, por el territorio y por la conexión á continencia de la causa (*). No hace en esto el legislador sino establecer como base las cuàtro fuentes de donde deriva la competencia del Juez, para entrar luego á dar las reglas convenientes que han de determinarla, según su origen. Hay, pues, que atender á la materia de la demanda : á la cuantía de ésta : al territorio, ya por el domicilio del demandado, ya por la ubicación de la cosa sobre que versa la demanda, ya por otras circunstancia en que el territorio ejerce influencia jurídica ; y en fin, á la conexión ó continenencia de la causa, para su necesaria relación ó enlace con otras personas ó negocios.

(*) *Borsari,* en sus *Anotaciones al Código de Procedimiento Italiano,* defi... ni-
petencia . « La medida según la cual la ley distribuye la jurisdicción entre los
magistrados. »

Digitized by Google

SECCION 1ª

—

De la competencia por la materia y por el valor de la demanda.

—

Art. 80. La competencia por la materia y por el valor de la demanda se determina por la Ley Orgánica de Tribunales y por otras leyes especiales.

Art. 81. Para estimar el valor de la demanda se agregarán al capital los intereses ya vencidos y los gastos, daños y perjuicios anteriores á la misma demanda.

Art. 82. Cuando una demanda contenga varios puntos, se sumará el valor de todos éllos para determinar el de la causa.

Art. 83. Cuando varias personas demandan en un mismo juicio, de una ó más personas, el pago de la parte que tienen en un crédito, el valor de la causa se determina por la suma total.

Art. 84. Cuando se demanda el derecho á cobrar una renta perpetua, temporal ó vitalicia, de cualquiera denominación que sea, el valor se estima por el del capital expresado en el acto de la constitución.

Cuando no esté expreso el capital, el valor se determina acumulando veinte anualidades, si se trata de renta perpetua; y diez, si se trata de renta vitalicia ó por tiempo indeterminado.

Si la renta fuere constituida por tiempo determinado, el valor se fija acumulando las anualidades. Esta acumulación nunca excederá de veinte anualidades.

Art. 85. En las demandas sobre la validez ó continuación de un arrendamiento, el valor se determina acumulando las pensiones sobre que se litiga y sus accesorios.

Art. 86. En los casos de los dos artículos anteriores ó en ıs semejantes, si la prestación debe hacerse en especie, su valor stima por los precios corrientes en el mercado.

'rt. 87. Cuando el valor de la cosa demandada no consta ..nero, el demandante la estimará; pero el demandado puede ıazar aquella estimación, oponiendo la respectiva excepción di-ia, si sostiene que aquel valor es mayor ó menor que esta ıación.

Digitized by Google

ESTUDIO 28.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los artículos copiados son los mismos 24 á 31 de los Códigos de 1873 y de 1880, sin alteración.

Código de 1838. No hay otro antecedente en este Código sobre los puntos á que se refieren los artículos copiados, que el *Art. 1°, Ley 2, Tít. 1°*, en que se decía que la demanda, debía proponerse por escrito ante el Tribunal que por razón de la cuantía determinen las leyes orgánicas de los Tribunales.

DERECHO ESPAÑOL.—Oportunamente pondremos las disposiciones españolas sobre cuantía.

DERECHO ROMANO.—« Jurisdictio alia plenior, alia minus plena. Plenior est jurisdictio majorum magistratum qui de quibusvis causiis civilibus earum personarum quæ ipsorum jurisdictioni subsunt, possunt cognoscere. »

« Minus plena est jurisdictio magistratum municipalium, qui de causis minoris momenti duntaxat cognoscere possunt. *Poth in Pand.* »

« Quoties autem de quantitate ad jurisdictionem pertinente quæritur, semper quantum petatur quærendum est, non quantum debeatur. *L. 19, § 1, Ulp. Lib. 6, fideicom.* »

« Et quidem considerandus est modus singulæ cujusque actionis. Unde, si idem cum eodem pluribus actionibus agat quarum singularum quantitas intra jurisdictionem judicantis sit, coacervatio vero omnium exedat modum jurisdictionis ejus, apud eum agi posse, Sabino, Cassio, Proculo, placuit. Quæ sententia rescripto imperatoris Antonini confirmata est. *L. 11, Gai Lib. 1, ad ed. prov.* »

« At si una actio communis sit plurium personarum, veluti familiæ erciscundæ; communi dividumdo, finium regundorum utrum singulæ partes spectandæ sunt circa jurisdictionem ejus qui cognoverit?: quod Offilio et Próculo placet, quia unusquisque de parte sua litigat; an potius tota, quia et tota res in judicium venit, et vel uni addicari potest?: quod et Cassio et Pegaso placet: et sane eorum sententia probabilis est. *Dit L. 11, § 2.* »

Como se ve, había en el derecho romano, jurisdicción plena y menos plena, y se establecía que para determinar la cuantía había de atenderse á lo que se demandaba y nó á lo que realmente se debiese. Pero seguia una doctrina diversa de la nuestra, cuando un demandante intentaba varias acciones cuyo total excedía la cuantía del Tribunal, pero no la excedía cada una de ellas, resolviendo que el mismo Tribunal podía conocer. En cuanto á la partición y deslinde, presentaba como más probable la opinión de atender á la totalidad de la cosa.

EXPLICACIONES.

Cuantía. Aparte de lo que hemos explicado sobre la jurisdicción ordinaria y especial, hay que examinar la materia y la cuantía de la dem a para determinar la competencia del Tribunal. En todo tiempo la legisla n ha encontrado indispensable la jerarquía en el orden judicial, estableci o Tribunales de distinta categoría, así para las diversas instancias, como a distribuir en éllos los negocios, según la mayor ó menor gravedad, im tancia y dificultad de la materia, y según el monto de lo litigado. Bi e comprende que no es lo mismo conocer en un negocio complicado de der o internacional privado: de las operaciones de una sociedad anónima ó de o género, que ha girado millones: de complicaciones sobre propiedad ó n

Digitized by Google

de inmuebles: ó de cualquier otro asunto en que se interesan grandes fortunas, valores cuantiosos, ya nacionales, ya de particulares, etc.; que conocer de una desocupación de casa, de la propiedad de un caballo ordinario, del cobro de decenas ó centenas de pesos, etc. Por eso, unas materias son atribuidas por leyes especiales á Tribunales especiales nacionales, y nos dice el artículo que hay que consultar esas leyes especiales para determinar la competencia: otras á los Tribunales de comercio, desmembración de la jurisdicción ordinaria, en que hay que atenerse al Código Mercantil; y las demás generalmente á esa misma jurisdicción ordinaria, en que todavía hay que buscar, como en aquellos otros, á qué Tribunal está atribuida la materia del pleito. Y aun determinada ya la especie de Tribunal por la materia en: Tribunales de Hacienda, Corte Federal, Tribunales de Comercio, Tribunales comunes ordinarios; hay todavía que determinar á cual del correspondiente tren buscado, corresponde el negocio por su materia ó por su cuantía; toda vez que hay asuntos, como los interdictos, los juicios de deslinde, y otros que por su materia misma están atribuidos á determinados Tribunales de un mismo tren ordinario, y otros en que, no ya por la materia, sino por su cuantía, deben conocer este ó aquel otro Tribunal, como en los cobros de cantidades, reclamación de cosas ú objetos de más ó menos valor. Y como el legislador al organizar el Poder Judicial, establece para la primera instancia Tribunales de Parroquia, de Distrito ó Cantón y de 1ª Instancia, designando la cuantía de la cual ha de conocer cada cual de éllos, es preciso ocurrir á las Leyes Orgánicas, como lo dice el artículo, para determinar el Tribunal competente.

No necesitamos entrar á justificar aquí esa distribución que hace la ley entre los Tribunales, atendiendo á la materia, ni aun á la misma cuantía; pues el buen sentido, en toda época y en todos los pueblos, la abona como necesaria, como justa y como conveniente.

Regla para determinar la cuantía. Entra luego la ley á darnos reglas respecto de la cuantía, y en el artículo 81 nos dice, que para estimar el valor de la demanda se agreguen al capital los intereses ya vencidos y los gastos, daños y perjuicios anteriores á la misma demanda. Desde Roma se estableció el principio: *semper quantum petatur quærendum est, non qnantum debeatur*, según el cual, es lo que se pide en la demanda, nó lo que en definitiva resultare deberse, lo que ha de considerarse, para determinar la cuantía. Y no puede ser de otro modo, porque de eso pedido en el libelo es que va á conocer el Juez, no siéndole posible prever lo que resulte del debate probatorio, ni siéndole permitido anticipar juicio sobre lo que haya de sentenciar. La base tiene, pues, que ser lo pedido en la demanda.

Ahora, para el caso de que se demanden intereses, ó gastos, daños y perjuicios, quiere la ley que los que son anteriores á la demanda se unan al capital para estimar el monto. La razón es clara; esos intereses ya vencidos, esos gastos ya hechos, esos daños y perjuicios ya sufridos, se cobran como deuda contraída para el momento de la demanda, no como simples accesorios: son capítulos distintos ó puntos diversos de lo que se cree tener derecho á reclamar: por ejemplo, los gastos de un protesto hecho, de una notificación ó del reconocimiento de un pagaré ó el deterioro consumado en la cosa. La existencia de la *causa potencial* del daño, si puede bastar para una demanda genérica, especie de protesta por los daños posibles y aun probables futuros, no aumenta la importancia del libelo para el efecto de la competencia, como observa *Borsari*. Pero no se exige que el daño se haya verificado ya.

Leyes Orgánicas sobre cuantía. Conviene advertir que generalmente nuestras Leyes Orgánicas de los Estados y del Distrito fijan en cien pesos ó cuatrocientos bolívares el máximum de la cuantía de que pueden conocer los Jueces de Parroquia, de más de esta suma, hasta mil pesos ó cuatro mil bolívares, la cuantía de los Jueces de Distrito ó Departamento, y de ahí

Digitized by Google

en adelante para los Jueces llamados de 1ª Instancia, que ejercen la jurisdicción plena de esa instancia. La ley local habrá de consultarse en ese punto de cuantía, como hemos dicho.

Y conviene también tener presente que este mismo Código, al ocuparse de la cuantía menor, dispone que se sustancien y decidan en juicio verbal las demandas que en su *acción principal* no excedan de cuatrocientos bolívares. ¿Cómo deben entenderse esas palabras *acción principal*, con relación al artículo 81 que estudiamos? ¿Se hace ó nó la agregación al capital, de los intereses, gastos, daños y perjuicios vencidos ó consumados, para sustanciar y decidir el negocio como de la menor cuantía? Claro es que sí, pues expresa está la voluntad del legislador en ese artículo 81, de no atenerse al capital, cuando se demandan también intereses ya vencidos, gastos ya hechos, ó daños y perjuicios consumados, sino atender al total que resulte de la agregación. Ya hemos dicho que esos puntos adicionales se hacen principales. Cosa distinta será cuando se demanden intereses por vencer, gastos por hacer, daños ó perjuicios posibles ó probables; porque no sabiéndose si el juicio termine en la contestación, ó si continúe y cuánto dure, y qué gastos, daños ó perjuicios se originen y comprueben, ni con qué razones se defienda el demandado, ni qué haya de resolverse en definitiva sobre tales puntos, falta toda base de cálculo, fija y cierta, para hacer una apreciación jurídicamente atendible, que determine la cuantía. Por fuerza ha de tenerse como única base en tal caso, el capital, que es la acción principal definida y precisa, pues que todo lo demás es incierto y hasta cierto punto problemático en su existencia y su monto.

Suma de los diversos puntos demandados. Consecuente con lo establecido en el artículo anterior, dispone el 82 que cuando una demanda contenga varios puntos, se sumará el valor de todos éllos para determinar el de la causa, según la inteligencia que le damos, que también le dá *Sunojo.* No obstante, la palabra *puntos* usada en el artículo, exije un mayor examen.

Qué son puntos. Como en el Código de Procedimiento Italiano se establecen detalles para la determinación de la cuantía, hemos consultado á *Borsari* y á *Gargiulo* sobre el particular. El artículo 73 italiano dice: « Cuando una demanda contenga varios capítulos *(capi)* se suman todos para determiuar el valor de la causa, *si dependen del mismo título:* si dependen de títulos distintos, se tiene en consideración el valor de cada uno, tomado separadamente. »—Como se vé, esta disposición hace depender la suma de todos los capítulos, de la circunstancia de que dependan de un mismo título, pues si no dependen de un mismo título, se atiende al monto de cada uno, considerado separadamente; mientras que nuestro artículo no hace tal distinción, ó en otros términos, no manda tener en cuenta si existe ó no título común.

Borsari dice que en el derecho romano prevalecía la máxima enunciada por *Bartolo*, en estos términos. *Non debet fieri coacervatio plurium summarum ex diversis actionibus debitarum ad jurisdictionem impediendum*, de la *Ley XI, de Jurisd. Omn. Judis.;* y cree que la fuerza de esa decisión estaba en la *pluralidad de las acciones*, ya que si los múltiples derechos se hacían desenvolver de la acción misma, la cosa cambiaba de aspecto. En Francia, agrega el autor,—« al fin surgió una disputa, encontrándose en frente dos sist en las discusiones parlamentarias de 1835 y 1837. El uno sostenía que diéndose ejercitar aquellas acciones conjuntamente, no había razón para ir dir al actor proponerlas en un solo juicio (no habiendo oposición entre él debiendo el Juez permanecer investido de tantos conocimientos distintos cua eran los diversos capítulos que debían ser juzgados. El otro sistema t el demasiado ensanche de la competencia hasta una importancia mayor que por su naturaleza se ha dado á un Juez de paz; temía que nac confusión, que se agravase con demasiado peso, y por analogía ale

Digitized by Google

artículo 1.345 del Código Civil (prueba testimonial en los casos de distintos respectos en una misma demanda). Por estos últimos quedó la victoria, dice el autor».—Para nosotros ninguna importancia tiene escudriñar cuál era la diferencia práctica entre los dos sistemas, pues que nuestro artículo no hace distinción y adopta una regla absoluta y sencilla: se suma el valor de todos los capítulos ó puntos de la demanda para determinar la competencia; y como consecuencia, si la suma total no excede la cuantía atribuida al Juez, él es competente; y si la excede, corresponde entonces el conocimiente á aquel á quien esté atribuida aquella totalidad. Pongamos un ejemplo para mejor esclarecimiento. El Juez de Distrito conoce de más de 400 bolívares y hasta 4.000. *A.* vá á demandar á *B.* por Bs. 1.000 de pensiones de alquiler de una casa, que le adeuda, por otros 1.000 por tales y cuales deterioros que le ha hecho en ella, y por otros 1.000 de un pago que se obligó á hacer al inquilino anterior. Sumadas las tres cantidades nos dan 3.000 bolívares, que están dentro de la cuantía atribuida al Juez de Distrito, y por tanto, ante él ha de proponerse la demanda. Pero si la suma última que debió pagar al anterior inquilino fuese de 3.000 bolívares y nó de 1.000, el total de las tres reunidas sería de 5.000, y como excede de la cuantía de dicho Tribunal, habría que llevarse la demanda al Juez de 1a Instancia á quien está atribuido el conocer de 4.000 arriba. En esto no hay dificultad: los cobros se derivan de un mismo contrato. Pero supongamos ahora que *A.* va á demandar á *B.* por la devolución de un caballo que le prestó y que estima en 1.000 bolívares; por un pagaré vencido que monta á 800, y por 2.000, precio de un terreno vendido y no pagado. No habría tampoco dificultad para establecer la competencia del Juez de Distrito por la cuantía; pero surge la cuestión de si tales capítulos ó puntos de la demanda son acumulables en un mismo libelo, siendo las acciones provenientes de contratos tan diversos, préstamo de cosas, causa de deber del pagaré, venta de inmueble. Para nosotros sí, como lo veremos oportunamente (porque las acciones no son opuestas ni incompatibles). pues se evitan, en interés de las partes y de la justicia, la multiplicación de los procesos y de los gastos, incomodidad, etc., de los dos individuos. *Borsari* propone la cuestión en estos términos: *¿Pueden indistintamente y sin discernimiento alguno acumularse las acciones?* «La razón, dice, que supera á todo precepto, dicta que una relación de conveniencia, una cierta afinidad, deben tener las acciones propuestas en el mismo juicio, y sería absurdo que una demanda pecuniaria por pensión de alquiler fuese asociada á otra de petición de herencia ó de reivindicación de un inmueble. Por lo demás, la ley claramente exige que una base común á las distintas peticiones exista en la demanda de que se originan.»—En nuestro sistema de juicios escritos, en la tendencia de nuestra legislación y en nuestra jurisprudencia, antes como ahora, de evitar la multiplicación de los pleitos, se encuentra la relación de conveniencia de acumular las acciones, aunque tengan origen distinto, en un juicio entre dos personas, si no son opuestas ó contradictorias, ni incompatibles en su procedimiento. Tanto mejor, que cuanto tengan que reclamarse se discuta y decida en un sólo proceso.

Si son varios los actores y demandados. Venimos partiendo de la base de demanda de *uno* contra *otro*. Contraigámonos ahora á la concurrencia de varios, sean demandantes, sean demandados. Para este otro caso, no se encuentra en nuestra ley otra previsión que la del artículo 83 que dice: «Cuando *varias personas* demandan en un mismo juicio, de una ó *más personas* el pago de *la parte* que tienen en un crédito, el valor de la causa se determina por la ıa total.»—Ningún inconveniente se encontrará para cumplir la disposición artículo en cuanto á determinar la competencia por el total. Las difi- ıades vienen de la concurrencia de personas. ¿Pueden *varios* asociarse en libelo para demandar á *un solo* demandado, cuanto cada cual tenga qué amarle? Puede *un* demandante demandar á *varios* por lo que á cada cual crea ɜr pedirle? ¿Pueden *varios* demandar á *varios* por cuanto les ocurra exigirles?

Borsari, refiriéndose al artículo 74 italiano, igual al 83 nuestro que hemos

Digitized by Google

copiado, dice: « Ya no se trata de la *pluralidad de las acciones*, sino de *pluralitate personarum*, y aplica la teoría de *Cujacio*, *Lib. 1, ad edic. prov.*, *L. XI, D de Jurisd.*, que enseña: que, *si una actio communis sit plurium personarum veluti familiæ erciscundæ.....tota res erit spectanda, quia tota res in judicium venit.* Este apotegma, dice, parece sostener la opinión de tener lugar la regla, enuncia la ahora en nuestro artículo, sólo cuando haya *unidad de causa ó título.* (*Cód. de Proc. de Parma y Módena*). *Si el valor de la suma se determina por el valor total*, evidente es que se trata de *cantidades homogéneas* ó de elementos que pueden reunirse; por tanto, no de *acciones* distintas y diversas, sino de una *sola acción*, precisamente, según el concepto del jurisconsulto romano. »

Garguilo considerando el artículo 74, dice « éste presupone el caso de la acción de *varias personas* para conseguir cada una la *parte* que le es debida de *un mismo crédito.* Siendo único el título del cual dependen las varias demandas, el valor de la causa se determina por la suma total. Así enseñaba el jurisconsulto Gaio: *tota res erit spectanda, quia tota res in judicium venit.* »

« Pero ¿pueden varias personas que tienen cada una *créditos distintos y separados* promover su acción en juicio con una sola citación, por el motivo de que es *idéntica la cuestión jurídica* propuesta, aunque no se trate de interés común? Por ejemplo: varias personas que estaban en la dependencia de otra, y que no fueron despedidas en el mismo tiempo, quieren proponer su respectiva demanda contra aquélla, fundándose en la injusticia y sin razón de su despedida. varios contribuyentes por pensión enfitéutica quieren liberar sus bienes de la pensión, basándose en la misma disposición de la ley: varios comerciantes cuyas mercancías fueron dañadas en un desastre ferroviario, quieren obtener la respectiva indemnización del propietario del ferrocarril: varios acreedores por daños derivados de la misma guerra, quieren demandar el resarcimiento al Estado: varios portadores de títulos de un mismo débito gubernamental buscan la sanción judicial de éllos: varios pensionados quieren sostener, basándose en una misma ley, que injustamente la Comuna ó la Provincia con una única disposición reduce su pensión á una cifra menor de la establecida antes. ¿Podrán obrar en un solo juicio contra el común adversario? »

« La doctrina y la jurisprudencia, responde, no están de acuerdo sobre esta importante cuestión. » Cita en seguidas varias sentencias y escritores en pró, y otros tantos fallos y autores en contra. Entra después á exponer las razones de unos y de otros: pronúnciase el autor por la afirmativa, y en una larga disertación discute la materia; y tras un resumen de motivos en apoyo, y de refutación de observaciones contrarias, concluye en estos términos.

« De aquí, que la acumulación de acciones distintas de varios actores no es vedada, ni constituye nulidad de procedimiento, ni de forma ni de fondo. Eso es lícito, *pero á condición de que no se ponga límite á la defensa del demandado;* y de aquí, que sólo sería inadmisible cuando, ó los varios actores no demanden la solución de una *idéntica cuestión jurídica*, ó el derecho de cada uno *no tenga común el origen del hecho*, no pudiendo constreñirse al demandado en un solo juicio, contra pretensiones que se fundan en hechos distintos, aunque la cuestión jurídica sea la misma. »

Por nuestra parte, con el texto de nuestro artículo 83 á la vista, at didos nuestros precedentes históricos en punto á acumulación de acciones de autos, y la índole de nuestro procedimiento actual, resolveríamos las t cuestiones que nos propusimos así:

¿Pueden varios asociarse en un libelo para demandar á un solo den dado, cuanto cada cual tenga que reclamarle? Nó; y sólo por excepción po admitirse tal acumulación de demandas en un solo libelo cuando la ac-

Digitized by Google

es la misma y derivada de un mismo título, de suerte que venga á equivaler al caso resuelto en nuestro artículo, de demandar cada uno su parte de un mismo crédito. Entonces el interés de las partes de no multiplicar los pleitos y de conservar cada cual su posición igual en el debate, concurre con el interés de la justicia de no exponerse á decisiones contrarias ó contradictorias; de suerte que se justificaría la acumulación de autos, si hubiesen los actores procedido separadamente. ¿Por qué no seguir el camino legal que es el concurso de acreedores?

¿Puede un demandante demandar á varios por lo que tenga que reclamar á cada cual? Nó, en general. Tal concurso de demandados es sólo posible cuando el título de la obligación demandada los liga á todos, como en el caso de ser deudores solidarios, de ser la deuda indivisible, de ser uno ó unos fiadores principales pagadores de otro ú otros, ó cuando hay entre éllos comunidad de interés en lo demandado, como coherederos ó comuneros, ó en otro caso semejante en que aparezca algún interés común que los ligue. ¿Podría un comerciante ó un industrial demandar en un libelo á todos sus deudores? La simple razón lo rechaza.

En fin, ¿pueden *varios* demandar á *varios* en un mismo libelo por cuanto les ocurra exigirles? Todavía menos podrían hacerlo, sino es en alguno de los casos de excepción de las dos soluciones anteriores, en que aparece la liga de intereses de cada respectivo grupo, por el título, por la obligación, por la cosa demandada. Tal concurso de juicios sin liga alguna, sería un verdadero laberinto, contrario á las garantías de los litigantes y á la misión de la justicia.

Cobro de rentas. Pasemos ya al artículo 84. El establece que cuando se demanda *derecho* á cobrar una renta perpetua, temporal ó vitalicia, la cuantía se estima por el capital expresado en la constitución, y á falta de esa expresión, por las acumulaciones de anualidades allí fijadas. Comprende, pues, la disposición, toda especie de contrato de renta, como censos y enfiteusis, á más de los especialmente llamados de renta, pues el artículo dice, *de cualquier denominación* que sea. Pero debe observarse que no se refiere á toda especie de demanda, sino á la que tiene por objeto *el derecho*, ó como dicen los autores, cuando se controvierte ó pone en cuestión la existencia material ó jurídica del título, del documonto que debe servir de prueba del derecho, cuando se niega en general el derecho ó la acción; de suerte que está controvertido el título, cuando se disputa sobre las *condiciones* en fuerza de las cuales se hace ó no exigible, aunque no se ataque la sustancia del derecho; y en general, á juicio de *Borsari*, está controvertido el título, aun disputándose sobre *modalidad*, no limitadamente á la pensión cobrada (si por ejemplo está vencida ó nó ó cosa semejante) ó en otros términos, cuando es atacado el modo de ser del título mismo, aunque en una forma accidental, imponiendo al Juez la necesidad de un examen que supera acaso la esfera de su competencia. No es aplicable, por tanto, el artículo, cuando la demanda sea del cobro de una ó más anualidades ó pensiones, no disputándose el dercho ó el título.

La fijación hecha por el artículo del número, de pensiones acumulables para fijar la cuantía, á falta de expresión del capital en el acto de constitución, tiene por objeto el impedir las cuestiones que podrían suscitarse entre las partes en tales casos, y desechar el sistema empleado en algunas legislaciones de apelar á experticias, estorbosas é inconvenientes al iniciarse el asunto. Por lo demás es álculo prudencial del legislador, atendida la mayor importancia que cobra el io al controvertirse el título mismo, y no ser la disputa una simple reclama- de una ó más anualidades.

lidez ó continuación de arrendamiento. Cosa semejante sucede en el caso e contrae el artículo 85, el cual dispone que en las demandas *sobre validez tinuación* de un arrendamiento, el valor se determina acumulando las pen- sobre que se litiga y sus accesorios.

Digitized by Google

No á todas las demandas sobre arrendamiento se refiere el artículo, sino á las relativas á su validez ó continuación. Así, las demandas por simple cobro de pensiones vencidas (no discutida la validez ó continuación) ú otra prestación especial, como una mejora que debió hacer el arrendatario, no entran en la disposición del artículo, sino que el monto de lo cobrado determina la cuantía. Tampoco entran las demandas sobre desocupación de casas cuando el arrendamiento es por tiempo indeterminado; pues por una parte esos contratos se rescinden libremente por la voluntad de cualquiera de los interesados, y por otra el Código Civil expresamente ordena que la desocupación en tales casos, se sustancie y decida en juicio verbal breve y sumario. Es, pues, cuando se litiga sobre la validez del arrendamiento ó sobre su continuación, que hay que hacer la acumulación de pensiones, que dice el artículo.

Explicación de los autores. Refieren algunos autores que antes se encontraba racional hacer diferencia entre el caso de validez y el caso de continuación, rigiéndolos por disposiciones distintas. En el caso de validez era y es indudable que *tota res*, el contrato todo, en lo principal y accesorios, está en discusión. En el de continuación, la cuenta no recae sobre lo pasado sino sobre lo presente y lo porvenir; pero si es verdad que acaso pueda disputarse solo una ó varias anualidades, puede también suceder que sea una renovación total, que es equivalente á la discusión de validez. Por eso se cree más acertado comprender los dos casos en una misma disposición general.

Pregunta *Borsari* si el artículo sea aplicable al arrendamiento de muebles, ó de obra, ó industria. Crée que sí, atendiendo á algunas palabras del artículo italiano que parecen comprender toda especie de locación.. El artículo nuestro está también concebido en términos generales, pero como los arrendamientos de obra ó industria á veces tienen estipulaciones muy diversas que los complican, al aplicarles la disposición del artículo deberán tenerse en cuenta todas esas otras estipulaciones en cuanto puedan influir en la fijación de la cuantía. En el arrendamiento de muebles dice él, que como lo advierten algunos escritores, la cuestión envuelve á veces la de la propiedad; pero si no se disputa sino sobre la locación, no debe medirse la competencia sino por el objeto de la litis.

Accesorios. Los accesorios que manda el artículo acumular junto con las pensiones, son todas aquellas otras prestaciones á que el arrendatario se obligó, como indemnisar á algunos pisatarios ó plantadores, hacer alguna reforma ó mejora etc. Sobre este punto de accesorios ocurren, (negándose la validez del arrendamiento), observa el autor citado, particularidades dignas de considerarse. Supóngase que se trata de un arrendamiento de nueve años, cuyas pensiones fijadas son de trescientos pesos; que el actor, declarando categóricamente la nulidad ó inexistencia del contrato, demanda por tres años transcurridos, nó novecientos pesos, lo cual daría competencia al Juez del Distrito, sino mil ochocientos que estima como pensiones justas; la competencia sería entonces del Juez de 1ª Instancia. Pero nó porque esos novecientos pesos que exeden de las tres pensiones según el contrato combatido, constituyan un accesorio, sino porque realmente los mil ochocientos vienen á ser las pensiones sobre que se litiga, como dice el artículo. Pero supóngase que el actor dice conformarse con los novecientos pesos por los tres años, *loco fructuum;* pero por los daños sufridos por no haber podido servirse del fundo en ese tiempo, demanda los otros novecientos pesos. ¿Constituirán estos un accesorio, que deba acumularse con lo principal, ó debera decirse más bien que es otro capítulo ó punto de la demanda que ha de sumarse con el primero? La competen vendrá á ser siempre del Juez de 1ª instancia, y la diferencia consistirá s en la aplicación del artículo 82 ó del 85, según se considere el aumer accesorio ó capítulo distinto.

Prestaciones en especies. Tanto en el caso de rentas perpétuas ó tem rales como en el de arrendamiento á que se contraen los artículos 84 y si la renta ó pensión no es pagadera sino en especie, tantos kilos de azú

Digitized by Google

tantos litros de alcohol, por mes ó por años, el valor se estima por los precios corrientes en el mercado, según el artículo 86. Eso es natural, y ninguna explicación se neecsita para comprender su justicia y para aplicar la regla.

Estimación á falta de constancia. Por último, el artículo 87 con que termina la sección, previene, que cuando el valor de la cosa demandada no conste en dinero, el demandante deberá estimarla; pero el demandado puede rechazar esa estimación, oponiendo la respectiva excepción dilatotia, si sostiene que el valor es mayor ó menor que la estimación. No se refiere ahora el legislador á ninguno de los casos precedentes, sino que fija una regla general para cuando el valor de la cosa demandada no conste en dinero, pues siendo la cuantía uno de los elementos para fijar la competencia del Tribunal, menester es, que se determine el valor de lo que se litiga. Se trata de cobrar un pagaré ó cualquiera otra obligación de capital determinado: no hay que hacer estimación, el monto del litigio está de hecho determinado. Pero se demanda la casa tal, el fundo cual, el caballo prestado, el derecho de paso por propiedad agena, etc., etc.: es preciso entonces que el demandante estime el valor de lo que demanda. Pero como aumentándolo ó disminuyéndolo á su capricho, podría hasta cierto punto escoger el Juez, ó proporcionarse ventajas en perjuicio del demandado, dá el artículo á éste el derecho de rechazar la estimación, si sostiene que es mayor ó menor que el valor de la cosa. Con una estimación mayor pudiera el demandante querer dar jurisdicción al Juez de 1ª Instancia, ó al de Distrito, cuando debiera tenerla éste ó el de parroquia: con una estimación menor pudiera pretender darla á este último ó al de Distrito, cuando debiera corresponder á este último ó al de 1ª Instancia. La ley arma en tal emergencia al demandado con el derecho de oponer la excepción dilatoria del caso, que sería la de incompetencia del Tribunal, fundada en la mala estimación. ¿Y si, tanto por la estimación del uno como por la del otro, fuese siempre competente el Juez donde se ha ocurrido, v. g., que el actor estimase en 400 pesos y el demandado lo rechace sosteniendo ser de más de 500, habría lugar á la excepción, y cuál sería entonces? Verdad es que ya no se interesaría la competencia: sería la del Juez de Distrito que conoce de más de cien hasta mil; pero quizás el propósito del actor sea poder hacer prueba testimonial, que como se sabe, está vedada, de 500 pesos arriba. No podría negarse, aún en ese caso, al demandado el derecho de rechazar la estimación, atendidos los términos del artículo, pues que ella ha de perjudicarle en el curso del juicio; pero entonces no podrá oponer la excepción de incompetencia, y no encontramos otra procedente sino la de defecto en la forma, por no obrar el demandante en la estimación como lo exige la ley, que no quiere exageración ni en más ni en menos.

SECCION 2ª

De la competencia por el territorio.

Art. 88. La acción personal y la acción real sobre bienes muebles, se propondrán ante la Autoridad Judicial del lugar en que el demandado tiene su domicilio, ó, en su defecto, su residencia.

Si el demandado no tiene domicilio ni residencia conocidos, la demanda se propondrá en cualquier punto donde se encuentre.

Digitized by Google

Art. 89. La acción personal y la acción real sobre bienes muebles se pueden proponer también ante la Autoridad Judicial del lugar en que fue contraída ó debe ejecutarse la obligación, ó en que se encuentre la cosa mueble objeto de la acción, con tal que, en el primero y en el último caso, el demandado se encuentre en él.

Sin embargo, el demandado por una cosa mueble que tuviere consigo fuera de su domicilio, podrá dar fianza para responder de ella ante el Tribunal competente de su propio domicilio, si se trata del último de dichos casos.

Art. 90. Las acciones reales sobre bienes inmuebles, se propondrán ante la Autoridad Judicial del lugar donde está situado el inmueble, ó del domicilio del demandado, ó del lugar donde se celebró el contrato, caso de hallarse allí el demandado, todo á elección del demandante.

Cuando el inmueble esté situado en territorio correspondiente á dos jurisdicciones, la demanda se podrá proponer ante la autoridad de cualquiera de ellas, á elección del demandante.

ESTUDIO 29

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Los tres artículos copiados, son los mismos 32, 33 y 34, de los Códigos de 1873 y de 1880 con pequeñas alteraciones.

Código de 1838. Artículo 7º de la Ley 2ª. Tít. 1º reformada en 1857. « El demandado será siempre citado ante el Tribunal de su domicilio si el contrato ú obligación no determina el lugar del juicio, ó donde se celebró el contrato si se encontrare allí. Si hay dos ó más demandados en una misma causa ante el Tribunal del domicilio de uno de éllos á elección del demandante. Y si el demandado no tiene domicilio conocido, en cualquier punto donde se encuentre, probándose esta circunstancia breve y sumariamente. Si el demandado ha renunciado el domicilio ó vecindad, podrá ser demandado en cualquier lugar en que se encuentre. »

Derecho Español.—*Ley 32, Tít. 2. Part. 3ª* « Ante quien deve el demandador fazer su demanda en juyzio, queremos aquí mostrar, porque esta es una de las cosas que mucho deve ser catada ante que la faga. E por ende decimos que los sabios antiguos que ordenaron los derechos, tovieron por derecho que quando el demandador qusiesse fazer su demanda, que la fiziesse ante aquel Juez que ha poder de judgar al demandado: ca ante otro judgador non le seria tenudo de responder, sino sobre estas cosas contadas que aquí diremos..... E la onzena es quando el demandado es reboltoso ó de mala barata de suerte que non assossiega en ningún logar. Ca atal como e tenudo es de responder doquier que lo fallassen. Pero si él pudiere dar dores que se obliguen por él que lo farán estar á derecho en uno de es tres logares qual escogiere el demandador, allí do fiziere su morada el mandado, ó en el lugar do fizieron el pleyto ó la postura, ó allí do prom de lo cumplir, entonce no le deve otro Juez apremiar que non oviesse pod sobre él, que responda. Mas si tal recabdo como este non quiziesse ó pudiesse dar, bien le pueden apremiar que esté á derecho delante el judg do lo fallaren. »

Digitized by Google

Ley 4, Tít. 3, Part. 3ª « Responder non deve el demandado en juyzio ante otro alcalde si non ante aquel que es puesto para judgar la tierra do él mora cotidianamente, etc. »

Dicha lei 32 tit. 2º Part. 3ª . . . « E la sexta es quando el demandado ó otro cuyo heredero él fuesse, oviesse puesto algun pleyto, ó prometido de fazer cosa alguna en aquella tierra donde fuesse Juez aquel ante quienes le fazen la demanda, ó lo oviesse fecho ó prometido en otra parte poniendo de lo cumplir allí. Ca maguer non fuesse morador de aquel logar, tenudo sería de responder ante el judgador por qualquier de estas razones sobredichas . . . E la dozena es quando demandassen algún siervo ó bestia ó otra cosa mueble por suya. Ca aquel á quien lo demandassen, alli debe responder do fuere fallado con ella, maguer él sea de otra tierra. Pero si este á quien quisieren fazer tal demanda, fuere ome sin sospecha, si quisiere dar fiadores de estar á derecho sobre aquella cosa que le demandan, é que le farán parecer á los plazos que pusieren, dévenle dexar ir con ella. E si tal recaudo como este non pudiere dar deve ser puesta la cosa en manos de fiel. E el judgador deve librar el pleyto sobre ella lo mas ayna que pudiere, de manera que non reciba grande embargo nin grande alongamiento aquel á quien la demandan.»

Lei 45 tit. 2º Part. 3ª « Señalan unos omes á otros algunas vegadas logares ciertos ó plazos, en que prometen de pagar ó de fazer alguna cosa. E despues acaesce que le fazen demanda sobre ello en otro logar. E en tal razon como esta desimos que deve pechar el demandador al demandado tres tantos, como los daños e los menoscabos que el oviesse fecho, por razón de aquella demanda que le fizo en logar que non deve. »

Dicha Lei 32 tit. 2º Part. 3ª « La quinta es por razón de heredamiento que oviesse en aquella tierra sobre quel quisieren fazer la demanda.

DERECHO ROMANO.—« Territorium autem est universitas agrorum intra fines cujusque civitatis, quod ab eo dictum quidam aiunt quod magistratus ejus loci intra eos fines terrendi, id est submovendi jus habet. *L. 239 § 8. D. de verb. signif.* »

« An magistratus sit competens jure ordinario, magis ex persona rei æstimatur quam ex persona actoris. »

« Hine Diocletianus et Maximinus juris ordinem converti postulas, ut non actor rei forum sed reus actoris sequatur. *L 2 Cod. de jurisd onin judic.* Hæc regula in omnibus judiciis observatur. »

« Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. *L. 3 Cod. ubi in rem.* »

« Durissimum est, quot locis quis navigans vel iter faciens delatus est, tot locis se defendi. At si qui constitit (non dico jure domicilis) ibique distraxit egit, defendere se eo loci debebit. *L. 19 § 2 D de judiciis.* »

Textos que dicen en sustancia: que la palabra territorio viene del derecho á imponer terror á los malos en la esfera del Juez: que para fijar la competencia se debe atender á la persona del reo y no del actor: que el demandante debe seguir el domicilo del reo, tanto en la acción personal como en la real; y que do duro que un viajero por mar ó tierra pudiera ser demandado en cualr parte, debería si defenderse en el lugar donde contrate ó demande.

« Ubi domicilium reus habet vel tempore contractus habuit, licet hoc portranstulerit, ibi tantam eum conveniri oportet. *L. 2 Cod. de furisd is jud.* »

Omnem obligationem pro contratu habendum existimandum est, ut ubique aliquis obligetur, et contratis videatur; quamvis non ex crediti causa [illegible]tur. *L. 20 D d. tit.* »

Digitized by Google

« *Carollarium.* Ubi quis gessit, rationem oportet reddere. *L. 1 Cod. ubi de rat.* »

« Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit. *L. 21 D de oblig. et act.* »

« Unde illud sciendum est, eum qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrobique posse conveniri et hic et ibi: et ita Juliano et multis aliis videtur. *L. 19 irp. lib. 60 ad edic.* »

« Est etiam forum competens ratione loci ubi res est quæ petitur. Quocirca Valentinianus, Theod, et Arcad. rescribunt: « actor rei forum sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis in quibus rei propter quas contenditur, constitutæ sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri. » *L. 3 Cod. ubi in rem act. exere deb.* »

Según estos otros textos el domicilio del contratante demandado es el que tenía al tiempo del contrato aunque lo haya variado después: donde se contrató debe cumplirse, y donde debe cumplirse allí se presume que se hizo el contrato. De ahí que si uno se obligó á pagar en Italia teniendo su domicilio en provincia, allí y aquí puede ser demandado. En fin es también fuero competente por el lugar, el de la ubicación de la cosa pedida, por lo cual la demanda contra el poseedor debe moverse donde la cosa existe.

EXPLICACIONES.

Competencia por el territorio. Despues de conocer á que especie de tribunal corresponde el asunto por su materia y por su cuantía, debe todavía determinarse, cual entre ellos es el competente por razón del territorio; pues ya hemos dicho que cada tribunal tiene demarcados límites donde ejercer sus funciones, y sería imposible permitir que los demandantes pudieran ocurrir á cualquier Juez de la República y tener á los demandados viajando de un Estado á otro, ó de unos lugares á otros, próximos ó lejanos. En esta Sección se dán las reglas para la competencia por razón del territorio.

La competencia por el territorio es una idea complexa, cuyos fundamentos nacen del *sugeto* y del *objeto* de la litis. El sugeto ó sea la persona es la idea dominante como observa *Borsari*, porque es por ella y para ella que existe el derecho. La posición de la persona en la sociedad, que la rodea, en su esfera, de ciertos lazos locales, establece una relación particular entre el individuo y aquellos magistrados de cuyo imperio siente más directa é inmediatamente el poder, y que bajo cierto aspecto viene á formar uno de los derechos más preciosos del ciudadano, por aquellas mismas relaciones mútuas. La constitución, aludiendo al magistrado del domicilio, lo llama *el Juez natural*, que es cuasi-electo por cada cual, al escojer el lugar de su permanencia. Partiendo de esa relación como principio fundamental, las leyes judiciales, establecieron como máxima para la dirección de la litis, la de *actor seguitur forum rei*, dogma absoluto en la acción personal. Ahora en la acción real, donde el *sugeto* aparece como ocasional, y el *objeto* ó la cosa es principal y final, debería tenerse otra norma; pues ya el *forum rei* no tiene aplicación precisa y rigurosa: y así sucede en cuanto á la acción real inmobiliaria, por la relación y circunstancias de la cosa arraigada allí en el lugar. Pero en cuanto á la real mobiliaria bien puede equipararse á la personal, lo cual explica el mismo au citado diciendo ser, ó porque los muebles se fingen adheridos á la persona porque no tienen sitio fijo, ó porque hablando abstractamente, la fuerza a yente det suelo, que determina por sí la jurisdicción en los inmuebles, fa en los muebles y obliga á referirlos á las personas. Por eso nuestro artíc 88 manda que la acción personal y la real sobre muebles se propongan el Juez del domicilio del reo.

Acciones reales y personales. En cuanto á las acciones y su división e

Digitized by Google

sonales y reales, alguna explicación es necesaria. El Código francés y otros reconocen la existencia de las acciones mixtas de personal y real desechada por el italiano y por el nuestro, pues que en ninguna disposición se habla de éllas Aquellos primeros Códigos, no definiendo tales acciones mixtas, dejaron á las complicadas discusiones de los juristas el determinarlas, poniéndolas en claro Parece que la mayoría de los antores que se han ocupado en el estudio de este punto. han creído que tal división era la tradición romana, mal entendida y mal interpretada la doctrina de la escuela respecto del § 20 *Inst. de action*, y la confusión de las *acciones mixtas* con las *personales in rem scriptæ. Poncet* y con él *Borsari*, creen que para ser mixtas las acciones *el elemento personal* (la obligación) *y el elemento real* (la cosa demandada) *deben confundirse de tal suerte que sólo con una abstracción del concepto mental sea posible separarlos.* Los romanos, dice el último, que fueron acusiosísimos en anatomisar, por decirlo así, los elementos del derecho privado, habían recojido las combinaciones jurídicas (*hæreditatis petitio, familiæ erciscundæ, communi dividendo, finim regundorum*) que constituían las acciones mixtas, y que *no podían en manera alguna generalizarse.* Sinembargo se las generalizó. Para los franceses y los demás que reconocen la existencia de las acciones mixtas, interesante es sin duda determinarlas bien, en la práetica; y así vemos en el Diccionario de *Rousseau et Lesnay* una lista de diez y ocho que consideran tales, Para los italianos, que como nosotros no las reconocen, *Borsari* da como regla general (bajo la reserva de examinar cuidadosamente el odjeto concreto de la acción) que abolidas las acciones mixtas, hoy las que eran tales han venido á ser personales. Reconoce, con todo, que la disputa de los juristas en la calificación de las acciones mixtas, mantiene el mismo interés cuando se trata de establecer la diferencia entre las acciones personales que se relacionan con un inmueble en cuanto tienen por causa un pacto que se refiere al inmueble, y más especialmente aún, cuando se trata de acciones de índole inmobiliaria, y tengan por fin más ó menos lejano, la adquisición del inmueble ó la realización de un crédito que no puede alcanzarse sino con la poseción ó la venta del inmueble. La dificultad en algunos casos consiste en determinar si la acción es personal ó real inmobiliaria. Siguiendo su dicha regla, el autor califica de *personal* la acción del vendedor contra el comprador cuando se ha estipulado el retracto convencional, para la readquisición del inmueble, y de *real* la misma acción cuando se ejercita contra tercero; fundándose en que, si bien en el primer caso se reivindica la propiedad, el contrato es la causa del derecho, y el objeto inmediato es la ejecución del pacto: mientras que en el segundo caso, la causa no es la existencia de pacto con el tercero, sino el hecho mismo de mantener la cosa este último; separándose así el Maestro, del sentir de otros escritores que sostienen lo personal de la acción aun en este último caso, por estar fundada en que ese tercero no adquirió, ni pudo adquirir, dominio perfecto, sino condicionalmente y sujeto al vínculo resolutorio De la misma manera resuelve el autor, que la acción por nulidad de un contrato de venta de inmueble ó de resolución por causa de lesión es *personal* ejercitada contra el otro contratante, y *real* si se dirije contra tercero; y en general estab ece que cuando la acción se dirige contra quien no está ligado con un vínculo obligatorio para con la persona, la acción no puede ser sino real.

Regla que ha de seguirse. Dejamos absolutamente á la consideración y apreciación del lector, las doctrinas del Maestro italiano, que hemos expuesto. [illegible] lescendemos á estudiar nuestros artículos, pero permitiéndonos tomar otro [illegible]bo y ver las cosas bajo otro aspecto, ya que los mismos escritores con[illegible]n la diverjencia de opiniones en esa materia de acciones, que llaman unos [illegible]tas y otros califican, ora de personales ora de reales. Desconocidas en [illegible]stro Código tales acciones mixtas, por fuerza la que haya de ejercitarse [illegible] de entrar en uno de los extremos de nuestra ley, real ó personal. No [illegible] dificultad en cuanto á las cuatro que los romanos denominaron mixtas, [illegible]*ditatis petitio, familiæ erecicundæ commund dividumdo y finium regodorum*, [illegible] colocadas estas tres últimas entre los procedimientos especiales allí mis-

Digitized by Google

mo se expresa á que Juez ha de ocurrirse para intentarlas; y porque respecto de la primera suficiente nos parece la regla de la apertura de la sucesión y la de los interdictos, pa:a poder acertar, Pero existen muchas otras acciones que la doctrina francesa tiene como mixtas, y en las cuales forzoso es que entre nosotros sean ó reales ó personales. No nos decidimos á aceptar como regla el hecho de que exista contrato de donde surja la acción, para hacer esa discriminación; porque el contrato es fuente de obligaciones de una y otra especie; y así la reivindicatoria del dominio pleno, la reclamación del dominio útil, la de hipoteca, y otras, reconocen como origen casi siempre un contrato, y sinembargo no son personales sino reales. Tampoco tendríamos como regla segura, el que la acción sea propuesta contra tercero para tenerla como real; porque así se toma el efecto por la causa, cuando por el contrario, es condición de la acción real el poder perseguir con ella á tercero, y porque, como observa *Ortolan*, la acción *ad exibendum* es indudablemente personal y puede intentarse oontra tercero, y la misma reivindicatoria (real por excelencia) se da á veces contra el que ya no posee. Creemos que en cada caso concreto que oourra es indispensable examinar atentamente la verdadera naturaleza, la esencia *(in rem ó inpersonam)* de la acción que se va á intentar, para poder clasificarla entre las reales ó entre las personales; teniendo presente que en virtud de las acciones *in rem* introducidas por los pretores, la ciencia ha tenido como reales no solo las reivindicatorias que nacen del pleno dominio, sino también del menos pleno, de la sucesión hereditaria, de la servidumbre ó de la hipoteca ó prenda, porque tales derechos no afectan á la persona sino á la misma cosa, fijándose y encarnándose en ella, como dice *Escriche*. Por ejemplo, de la compra de una cosa cuyo precio paga el comprador, pero que el vendedor no entrega, ó de la compra al contado de una cosa cuyo precio no se paga en el acto, ó de la compraventa con el pacto de retrovendendo, nacen acciones reales y acciones personales. Si en el primer caso la que escojemos para ejercitar es la de entrega de la cosa, podemos decir que la acción es *real*, porque entre el comprador y el vendedor el contrato quedó perfecto y el dominio pasó al comprador, que persigue la cosa como dueño; pero si escoje la resolución del contrato y la devolución del dinero que entregó por precio, la acción sería *personal*. Si en el segundo la acción que se va á ejercitar es la de rescisión con devolución de la cosa, sobre la cual da la ley hipoteca tácita, nos parece que esa acción sería *real;* si prefiriésemos el cumplimiento del contrato y pago del precio, por virtud de la hipoteca legal, la acción sería también *real*. Si en el tercer caso el vendedor, consignando el precio del rescate, demandase la entrega de la cosa, como readquirida en virtud de la condición resolutiva, el dominio de aquella, la acción sería *real;* pero sería *personal* si el vendedor se limitare á cobrar como perjuicio de la falta del comprador, lo más que valiese la cosa sobre el precio que dió. Así vemos nosotros las cosas, fijándonos en la acción concreta que se va á instaurar, y viendo si hay en ella una verdadera reinvindicación, ó si solo exijimos una obligación personal nacida del pacto.

Y creemos que el examen práctico del punto puede ser alguna vez de importancia para el actor, por no ser idénticas las reglas de la competencia en los casos de acción real inmoviliaria y en los de acción personal ó real moviliaria, como vamos á hacerlo notar.

Si refundimos en una sola disposición las dos de los artículos 88 y 89 tendremos que la acción *personal* y la *real mobiliaria* pueden proponerse:

1º Ante el juez del *domicilio* del reo, esté ó no allí; y si no tuviere domicilio conocido, en el lugar donde se le encuentre.

2º En el lugar en que fué *contraída* la obligación, *si* el demandado se *encuentra* allí, de suerte que allí se le haga la citación.

3º En el lugar donde debe *ejecutarse* la obligación, *encuéntrese* ó *nó* en él el demandado.

Digitized by Google

y 4º En el lugar en que se *encuentre la cosa mueble* objeto de la acción, *si* también se *halla* en él el demandado.

Consecuencia de lo expuesto es que si no se encuentra el demandado en el lugar donde fué contraída la obligación, ó donde se halla la cosa mueble demandada, la demanda tiene que proponerse ante el juez del domicilio, que es lo que prevalece.

Opinión de Sanojo. Siendo tan clara la disposición de esos artículos no comprendemos á que caso se refiere nuestro *Sanojo,* al decir en sus *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*: « Si únicamente se establece un lugar para « que en él se verifique el cumplimiento de la obligación, en él se podrá « exigir extrajudicialmente aquel cumplimiento y verificar todos los actos que « la falta haga necesarios para asegurar el derecho, pero aquel convenio no « someterá al obligado á los Tribunales del domicilio elegido, porque tal su- « misión debe ser expresa por envolver la renuncia de un derecho muy im- « portante, cual es el que tiene el individuo á ser juzgado por los Jueces que « la ley le dá, y por no ser incompatible la necesidad de aceptar el cumpli- « miento de la obligación en un lugar y la de exigirlo judicialmente en otro. » Para evitar que ese pasaje pueda dar lugar á dudas en esta materia de competencia, debemos decir que en todo caso en que se designó el lugar donde debe ejecutarse la obligación demandada *puede proponerse la demanda* ante la autoridad judicial de ese lugar, porque esto es lo que dice el artículo de nuestro Código: « pagaré esta suma en Caracas; » « entregaré estas reses en el puerto de La Guaira; » « entregaré tal máquina en el muelle de Puerto Cabello; » dice por ejemplo el contrato; pues allí puede ser puesta la demanda. Y eso viene de antiguo, y tan natural y justo lo conceptuó el legislador de las Partidas, que impuso pena al demandante que ocurría á otro lugar distinto del señalado para la ejecución de la obligación.

Fianza del demandado. La facultad de dar fianza, que concede el artículo al que estando fuera de su domicilio se le reclame alguna cosa mueble que tuviere consigo, es una reproducción de la Ley Española que arrib acopiamos; y resalta toda la justicia y la conveniencia de dar á quien esté fuera de su morada un medio de impedir que se le prive de su cabalgadura, de su cobertor, de cuaiquier otro objeto que hubiere llevado, sin duda por necesitarlo; medio que ningún perjuicio causa al reclamante, pues que consiste en dar fianza para responder de la cosa ante su domicilio, donde está su Juez natural, y donde debe tener los datos y recaudos del caso.

Demanda de inmueble. Pongamos á la vista la disposición del artículo 90 para mejor compararla con la de los dos precedentes. Según aquél, la acción real sobre inmueble puede proponerse:

1°. En el lugar de la *situación* del inmueble, encúbrese ó nó en él el demandado.

2°. En el *domicilio* del demandado; y

3°. En el lugar donde se *celebró el contrato, si se encuentra* allí el demandado.

Nótese, pues, que tanto en la acción real inmobiliaria, como en la real mobiliaria y la personal, el domicilio del demandado dá competencia. Es la competencia natural, allí está el Juez ordinario del demandado, allí la concentración de sus negocios y los títulos, datos y recaudos.

Ubicación.. La ubicación de la cosa inmueble dá por sí competencia, esté ó no allí el demandado. La situación de la cosa mueble no la dá si no está allí aquél. El inmueble tiene situación fija y permanente por estar arraigado al suelo, y se posee sin necesidad de estar dentro de él. La cosa mueble no tiene sitio fijo, y puede ser trasportada y ocultada, y como dice *Dalloz,*

Digitized by Google

se considera situada ficticiamente en el domicilio del que la posee y no en otra parte, si el mismo dueño no la tiene allí.

Lugar del contrato. El lugar donde se celebró el contrato, dá jurisdicción así en las acciones personales y reales mobiliarias, como en las inmobiliarias, pero es cuando allí se encuentra el demandado; porque la circunstancia de haberse contratado en determinado lugar puede ser completamente ocasional, y no justificaría el sacar al demandado de su Juez natural, que es el de su domicilio; á menos que se le encontrase allí, en ese mismo lugar donde contrató, pues entonces el contrato mismo, y su presencia ahí, le ligan en su persona y en cuanto al pacto, á los magistrados bajo cuya jurisdicción contrató.

Lugar de la ejecución. El lugar de la ejecución de la obligación que dá competencia en las acciones personales y reales mobiliarias, esté ó no allí, el demandado, no la dá en la acción inmobiliaria; porque si el dinero y todo objeto mueble pueden ser trasladados á donde sea necesario para cumplir, el inmueble no puede serlo, y basta la competencia nacida de su ubicación misma, para todo lo relativo á él.

Cuando el inmueble esté situado en territorio correspondiente á dos jurisdicciones, quedaba la cuestión de saber qué Juez de ella conocía, y el legislador la resolvió dejando la elección al demandante, como pudo haberlo resuelto mandando atenerse al lugar donde estuviesen las habitaciones ú oficinas, ó al Tribunal más próximo al inmueble, ó de otro modo racional.

Réstanos sólo decir que en caso de acumulación en un mismo libelo, siendo permitido, de acciones reales y personales, debe atenderse á la que es principal, para determinar la competencia; y si ambas fueren principales debe siempre conservarse al actor el derecho de elección que le dan los artículos examinados.

Sigamos adelante.

Art. 91. Son competentes los tribunales del lugar de la apertura de la sucesión para conocer:

1°. De las acciones sobre petición y división de la herencia y cualesquiera otras entre coherederos hasta la división.

2°. De las acciones sobre rescisión de la partición ya hecha, y sobre saneamiento de las cuotas asignadas, con tal que se propongan dentro de un bienio después de la partición.

3°. De las acciones contra los albaceas, con tal que se intenten antes de la división; y si ésta no es necesaria, dentro de un bienio después de la apertura de la sucesión.

4°. De las acciones de los legatarios y los acreedores de la herencia, si se proponen en los términos indicados en los números precedentes.

Cuando la sucesión se ha abierto fuera de la República, todas estas acciones podrán proponerse en el lugar en que se encuentren la mayor parte de los bienes existentes dentro de su territorio.

Digitized by Google

La competencia que dá este artículo no excluye la del domicilio; pero siendo más de uno los demandados, deberán todos tener un mismo domicilio, para que pueda proponerse la demanda ante el Juez á que ese domicilio corresponda.

ESTUDIO 30.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—El artículo que estudiamos es el mismo 35 de los Códigos de 1873 y de 1880.

Código de 1838. El artículo 9°, Ley 11, Tít. 1°, decía: « En causas de herencia: 1º sobre demandas entre coherederos hasta la partición inclusive: 2º sobre demandas que intenten los acreedores antes de la partición: y 3° sobre demandas relativas á las disposiciones testamentarias hasta el juicio definitivo, se emplazará al demandado ante el Tribunal de su domicilio ó del territorio en que estuvieren todos ó la mayor parte de los bienes de la herencia, á elección del demandante. »

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 48, Tít. 10, Part. 6a:* « Fazen los omes mandas á las vegadas de cosas ciertas señaladas, assi como quando dice el testador: mando á fulano ome, mio siervo que assi ha nome, ó mio cavallo que es de tal color, ó otra cosa qualquier que le mandasse, señalándola de manera que puedan saber ciertamente qual es; decimos que la manda que fuesse fecha de tal cosa, como sobredicho es, que la puede pedir aquel á quien fue mandada, luego que el heredero entra en la herencia del testador, en alguno de estos tres logares, ó allí do morare el heredero, ó en el lugar do fuere la mayor partida de los bienes del testador, ó en otro lugar qualquiera que fuere fallada la cosa de que fixo el testador la manda. E en qualquier de estos logares do fuere demandada, la deve entregar el heredero; fueras ende si el testador nombrare lugar cierto do sea dada la cosa, ca entonce allí deve ser dada, do él oviesse mandado que la diessen. Otrosí decimos, que si el heredero mudare la cosa mandada, de un lugar á otro engañosamente, por fazer daño á aquel que la devía aver, si esto fuere provado, entonce la deve aducir á su costa aquel lugar onde la traspasso e darla á aquel que la devía aver. E esto deve ser guardado en las cosas señaladas, de que faze manda el facedor del testamento. Mas las otras cosas que son mandadas, de que faze manda generalmente, assi como quando dice el testador: mando á fulan un siervo, ó un cavallo, non disiendo qual; ó si le mandasse quantía cierta, de agluna cosa que se pudiesse contar, ó medir ó pesar, decimos que la manda que fuesse fecha de alguna de las cosas sobredichas, que la puede pedir aquel á quien fuere mandada, en aquel lugar do morare el heredero, ó allí do fuere la mayor partida de los bienes del testador, ó en otro logar qualquier do el heredero comenzare á pagar las mandas, ó en aquel logar do el testador las mandasse pagar. »

DERECHO ROMANO.—« Hereditas quamvis proprie nullibi sit cun sit res in-corporalis, tamen ni hac tractatione ibi esse intelligitur ubi est major pars rerum hereditarium. »

« Hinc Valerianus et Gallienus: ubi autem domicilium habet qui convenitur, vel si ibi res hereditariæ sitœ sunt, degit, hereditatis erit controversia terminanda. *L. 1 Cod. ubi de hereditate.* »

Cum autem legata et fideicommissa sint delibatio hereditatis, similiter ibi debent ubi hereditas esse intelligitur, id est, ubi est major pars hereditarum. »

Digitized by Google

« Observandum, cum æstimatur ubi major pars hereditatis, esse videtur, rationem haberi duntaxat rerum hereditarium, non œris alieni, nisi forte illius quod speciale certi patrimoniis onus esset. Hoc docet Ulpianus. »

« Quamvis legata et fideicommissa petantur ubi est major pars hereditatis; tamen cuns de legato certi corporis agitur, si ex res quœ per fideicommissum relicta est, eo loci sit, dicendum est non debere prœscribi ei qui petit, quasi major pars hereditatis alibi sit. *L. 52 § 3 Ulp. lib. 6 fideic.* »

« Vidimus forum esse competens rationi loci, ubi res est de qua contenditur. Non ideo minus autem poterit in his causis actor, si malit reum convenire ubi reus domicilium habet. »

« Hoc sensu ait Ulpianus circa persecusiones fideicommissorum petatur ubi domicilium heres habet. *Sup. dic. l 50 § 2.* »

« Nota tertium forum competens heredem interdum sortiri posse. Cum enim forum sit competens ratione contractus, et contraxisse quis intelligatur ubi ut solveret se obligavit, ut vidimus § preced., sequitur ibi heredem posse conveniri ubi solveret á testatore jussus est, vel ipse se obligavit solvere; quanvis non sit ibi major pars hereditatis, nec ibi domicilium heres habeat. »

« Hinc idem Ulpianus: quoties autem cæpit quis fideicommissum solvere, non potest hac prœscriptione uti. *D. l. 50 § fin.* »

En sustancia dicen las citas precedentes: que aunque la herencia no tenga propiamente situación por ser una cosa incorporal, se entiende situada donde está la mayor parte de las cosas hereditarias: que como los legados y fiideicomisos son parte de la herencia deben ser perseguidos en este último lugar: que para determinar donde está la mayor parte de los bienes no se debe atender á las deudas pasivas: que cuando se trata de cosa cierta legada, si está donde se encuentra el demandado, aunque no se encuentre allí la mayor parte de los bienes, no habrá lugar á la decliatoria: que también el fideicomiso puede ser demandado en el domicilio del heredero; y que éste puede así mismo ser demandado en el lugar donde se le mandó pagar ó que él mismo se obligó á pagar ó ha comenzado á pagar.

EXPLICACIONES.

Competencia en caso de sucesión. « Bella tradición del Derecho romano, llama *Borsari*, la unidad del juicio que se establece por esta disposición, en un sujeto tan complexo como son las materias relativas á los derechos de la sucesión y á las controversias con ella relacionadas. Las varias cuestiones previstas en el artículo, pudieran todas surjir á la vez, y cómo podrían seguirse en diez jurisdicciones distintas? »

Según se mire, considerando la herencia como representando al *de cujus*, ó al heredero como representando ya la sucesión, la competencia aquí establecida es una consecuencia del principio *actor sequitur forur rei*, ó una verdadera limitación de ese principio. Como quiera que sea, la regla es sencilla, todas las cuestiones enumeradas en el artículo se proponen ante la autoridad judicial del lugar de la apertura de la sucesión. Y según el artículo 894 del Código Civil la sucesión se abre en el momento de la muerte en el lugar del último domicilio del difunto. Allí es natural suponer que se hallen los documentas, papeles y datos necesarios para poner en claro los asuntos de la sucesión; y por eso la ley ha escogido ese lugar, haya ó no testamento, para los diversos juicios, que pudieran parar en el juicio universal de sucesión testada ó intestada.

Pregunta el autor citado ¿donde deberá proponerse el juicio si el ultimo domicilio del difunto no es conocido? Según él, *Pisanelli* pensó que debía seguirse en tal caso la norma de la notificación de los actos, dirigiéndose al lugar

Digitized by Google

de la última residencia, y en subsidio, al de la última morada, donde dejó de existir. Pero él, *Borsari*, opina de modo distinto, arguyendo que la ley claramente fija el último domicilio y á ello es preciso atenerse; y que tratándose de una herencia, de un conjunto de bienes, el concepto del domicilio de quien posea todas esas cosas, puede siempre aparecer, no siendo posible que en algún punto del territorio no exista un cúmulo que pueda decirse el mayor de todos esos bienes, sea compuesto de rentas civiles ó de derechos incorporables. Allí se consideraria el último domicilio, pues que éste no requiere una material permanencia, y pudiera habitarse en otra parte.

Petición y división de herencia. Las acciones á que se refiere el artículo son, en primer lugar, las de petición y división de la herencia y cualesquiera otras entre coherederos hasta la partición. Comprende, pues, la disposición el caso en que dos ó más disputan sobre validez ó nulidad del testamento, ó de alguna de sus cláusulas, sobre los derechos á la herencia intestada, sobre el carácter de coheredero de alguno ó de algunos, y la solicitud de partición entre los coherederos, y cualesquiera otras cuestiones entre estos mismos, como cuotas, imputaciones etc. hasta la división.

Rescisión de la partición. En segundo lugar, las acciones sobre rescisión de la partición por cualquiera de las causas que reconoce el Código Civil, así como las relativas al saneamiento de las cuotas asignadas, consagrado en el mismo Código; pero en uno y otro caso deben ser propuestas esas acciones dentro de un bienio después de la partición. Si hubiere trascurrido mas tiempo, ya no será competente el Juez de la apertura de la sucesión, y deberán seguirse las reglas generales de la competencia antes expuestas.

Si hecha la partición definitivamente hubiere quedado sinembargo alguna comunidad en una finca, y se hiciere la venta judicial de ésta para poner término á la comunidad, ya no habrá lugar á la aplicación de las disposiciones á que venimos contrayéndonos sino á las reglas generales de competencia que quedan arriba establecidas, según lo ha reconocido la jurisprudencia francesa.

Contra albaceas. En tercer lugar, las acciones contra los albaceas, con tal que se intenten antes de la división; y si ésta no es necesaria, dentro de un bienio después de la apertura de la sucesión. Ya hemos indicado las facultades más ó menos limitadas de los albaceas para representar en juicio la sucesión, al tratar de las partes, La partición puede retardarse, bien por causa de los herederos, bien por disposición del mismo testador, bien por cualquier otro motivo; mientras no se hayan hecho, las demandas contra los albaceas deberán proponerse ante el tribunal del lugar de la apertura de la sucesión, porque en realidad son dirigidas contra ésta, pero después de practicada, ya desaparece la persona jurídica que ellos representaban; y entran los herederos á representar sus correspondientes porciones asignadas. Pero puede ser innecesaria la partición, lo cual sucederá cuando el heredero sea uno solo; y entonces para no hacer indefinido el sometimiento del albacea al Juez del lugar de la apertura, fija la ley un bienio para proponer allí las demandas contra los albaceas.

Legatarios y acreedores. Y en cuarto lugar, comprende la disposición del artículo que estudiamos, las acciones de los legatarios y acreedores de la herencia, si se proponen antes de la partición, ó sí está ya practicada dentro del bienio siguiente á ella, ó si no es necesaria dentro del bienio después de la apertura de la sucesión.

Por supuesto, que no comprende el artículo las acciones personales ó reales de la sucesión contra tercero, pues la eficacia de aquél se criscunscribe á los que tienen derechos, como participes ó como acreedores.

Designación del testador. ¿Y qué se hará cuando el testador haya designado expresamente un lugar para pagar uno ó algunos, ó todos los legados, distinto del de la apertura; podrá proponerse la respectiva demanda ante el

Digitized by Google

Juez de ese lugar designado? Creemos que sí, mientras no se haya provocado por una oposición legal al pago, ó por otro medio, la formación del juicio universal de sucesión, pues entonces á él deben acumularse todos los juicios particulares. Lo mismo hemos de decir del caso en que alguno demande á la herencia presentando documento del *de cujus* en que hubiere establecido lugar determinado para el pago ó cumplimiento: la competencia del Juez del lugar designado solo duraría mientras no se hubiere formado juicio universal para liquidar la herencia, pues formado aquél atraería á sí aquel juicio particular. Y en caso idéntico estaría el que reivindicase un inmueble incorporado en la sucesión, que podría intentar esta demanda en el lugar de la ubicación, y seguirla, mientras no se formare juicio universal de liquidación de la herencia.

Partición misma El autor italiano arriba citado sostiene que en la disposición legal de que se trata, tomada por nosotros de su Código, no se incluye la *partición misma*. Hace notar que el Código albertino decía *hasta la partición inclusive*, y que se suprimió esta última voz; como en nuestro Código de 1838, según vimos en los antecedentes pátrios, se decía también hasta la *partición inclusive*, palabra ésta que no existe en la disposición actual. En efecto, la voz *hasta* es excluyente, y sin duda demuestra que en la disposición no quiso comprenderse la partición misma. Pero por más que en el hecho la acción *en división, familiæ erciscundæ*, sea cosa distinta de la división efectiva, ó sea de las operaciones de liquidación, distribución y adjudicaciones, la cuestión no tiene ningún interés práctico para nosotros, pues que la ley especial de nuestro Código sobre partición somete al mismo Tribunal de la acción de división, todas las operaciones para dejar esta terminada.

Como hemos dicho, aun las acciones en rescisión de la partición hecha, ó en garantía de las cuotas asignadas, están comprendidas en la disposición del artículo; y por lo mismo los terceros acreedores que impugnen la división deberán concurrir al mismo Tribunal que aquel designa, siempre que la causa de la acción se refiera á su derecho de intervenir en la partición ó al perjuicio que de ella les venga, según el sentir de *Tullier y Duranton*.

Sucesión abierta en el extranjero. Cuando la sucesión se ha abierto fuera de Venezuela, trátese de la de un venezolano, trátese de la de un extranjero, el artículo da jurisdicción á los tribunales venezolanos para las acciones que, según hemos visto, comprende aquél, que surjan aquí; y da entre ellos, la competencia al del lugar donde se encuentre la mayor parte de los bienes situados en Venezuela. Con esto no se desconoce ni se contradice la jurisdicción del Juez extranjero donde se abrió la sucesión: allá pueden ocurrir los interesados para el reconocimiento de sus respectivos derechos; en todo lo relativo á los bienes situados allá. Pero puede suceder que el finado haya dejado bienes aquí; y no es posible desconocer la jurisdicción de los Jueces venezolanos respecto de estos bienes y de las controversias que aquí surjan. Desde luego que entonces viene la necesidad de acudir al Derecho internacional privado, para la aplicación de la ley venezolana ó de la ley extranjera, según los casos. Abogan muchos por la justicia y conveniencia de reconocer la unidad de la herencia, que es un ser moral ó jurídico único que no admite divisiones; pero el estado del derecho positivo actual en las diversas naciones del globo no ha llegado á ese punto, y está distante de llegar, sobre todo respecto de los bienes inmuebles. La doctrina general en Europa es la de que, respecto de estos bienes, ha de respetarse la situación y seguirse la ley de la ubicación aun respecto del orden de suceder, de la medida de los derechos sucesorios y de validéz intrínseca de las disposiciones; y que respecto de los muebles están sugetos á la ley nacional de la persona de cuya herencia se trata. No pensó así el Congreso de Derecho Internacional Privado suramericano, reunido en Montevideo, de que hablamos en los preliminares, pues su mayoría estuvo por igualar los muebles á los inmuebles; y hasta por dar preferencia á los acreedores del lugar de la situación para pagarse de sus aereencias. La Italia en el artículo 8°. de su Código Civil aparece separada de ambas doctrinas, esta-

Digitized by Google

bleciendo que «la sucesión legítima y testamentaria, sea en cuanto al orden de suceder, sea en cuanto á la medida de los derechos sucesorios y la intrínseca validéz de las disposiciones, se rige por la ley nacional de la persona de cuya herencia se trate, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.» En nuestro código no fue adaptada esta disposición, se declaró expresamente que los inmuebles, aun poseídos por extranjeros se rigen por las leyes venezolanas, sin hacer excepción, y ahora la reforma última se extendió á los muebles. Los tribunales italianos tendrán que respetar y aplicar aquellas disposiciones de su Código. Entre nosotros qué debemos hacer?

Distinciones. Hay que distinguir, cuando la sucesión se ha abierto en el extranjero, como cuando se ha abierto aquí, si el finado era venezolano ó extranjero. Si era venezolano, el Juez extrajero donde se abrió la sucesión, tendrá que aplicar la ley venezolana, para arreglar aquella en el fondo; dándosele pase acá por la Corte Federal y de Casación á sus decisiones, cuando aquí deban ejecutarse, si no contrarían nuestras leyes, y vienen como lo requiere la de exequatur. Por supuesto, que en cuanto á lo que en el extranjero deba ser ejecutado, allá lo harán sin poderlo impedir nosotros, y solo con derecho á las reclamaciones diplomáticas del caso; y en cuanto á la intervención que en esa herencia puedan tener nuestros agentes consulares, es materia del respectivo tratado, ó de la ley local. En los bienes de ese venezolano, situados aquí, sean cuales fueren, rijen las leyes venezolanas en todo, derechos sucesorios, medidas de cuotas, validez de disposiciones, pago de legados y acreencias, y se oyen y deciden aun las reclamaciones de extranjeros que no residan en el país; en nuestro concepto, sin otras preferencias en los pagos qne las establecidas en nuestros Códigos, que ninguna reconocen fundada en la nacionalidad.

Si el finado cuya sucesión se abrió fuera del país era extranjero, ó no venezolano, el Juez competente allá obrará según las leyes de derecho internacional privado, en todo lo de fondo; y si dejare bienes situados en Venezuela, las sentencias definitivas de aquel Juez que hayan de ejecutarse aquí, deberán ser sometidas á la Corte Federal y de Casación, que les dará ó no pase, según nuestra ley especial sobre ejecutorias extranjeras. Uno de los casos en que no puede dárseles, es el de que versen sobre inmuebles situados en Venezuela, pues ellos se rijen en todo por la ley venezolana, y al tribunal nuestro donde se encuentre la mayor parte de esos bienes, habrán de ocurrir los interesados que tengan que proponer alguna de las acciones á que se refiere el artículo que estudiamos, inclusas las de los acreedores que aspiren á ser pagados con los bienes situados aquí aun cuando fueren muebles. Tampoco creemos que puedan reconocerse otras preferencias entre acreedores, sean de allá, sean de acá, que las establecidas en nuestros Códigos.

Errores graves cometidos. Y oportuno es llamar la atención de nuestros jueces en esta materia, para que no sacrifiquen en ningún caso la alta jurisdicción nacional, por temor o por error, como sucedió en un asunto en que un tribunal de elevada categoría declaró la incompetencia de nuestros jueces de modo verdaderamente atentatorio. Un español residente en Venezuela demandó ante el tribunal venezolano donde existía la mayor parte de los bienes sitos en Venezuela, de un francés cuya sucesión se había abierto en Francia, por el pago de una acreencia plenamente justificada. Los herederos eran franceses y residían en Francia, pero poseían y disfrutaban de los bienes situados aquí, por medio de agentes que los administraban y les enviaban sus productos. La demanda se instauró contra la sucesión del finado, que había contraído la deuda, por aplicación del artículo que estudiamos, y el Tribunal venezolano á que aludimos, declaró que era al Juez francés del domicilio de los herederos á quien tocaba conocer, por aplicación del artículo 32, sobre la competencia en las acciones personales. El error no puede ser más palmario. La situación jurídica de una persona que vive, que está ejerciendo los actos de la vida civil, tratando, contratando, cumpliendo sus com-

Digitized by Google

promisos, haciendo efectivos sus derechos etc., no puede confundirse con la situación jurídica que nace de su muerte por el desaparecimiento absoluto de su persona. En el primer caso es natural, racional, y por eso lo establece la ley, que quien quiera que tenga que demandarlo lo cite ante el Tribunal de su domicilio, y si no lo tiene conocido, donde se encuentre, que es el caso del articulo 88. Y también es natural que pueda proponerse esa demanda ante la autoridad del lugar en que fue contraída ó deba ejecutarse la obligación, como lo establece el artículo 89. Pero ya muerto el individuo, entra una persona moral ó jurídica que se llama sucesión, á sustituirle en sus derechos y obligaciones, y que tiene que materializarse en los bienes que han quedado, pues á veces se ignora si ha dejado herederos, si quieren ó no aceptar, ó si entran de hecho en la herencia; y por eso la ley escoje el último domicilio, como lugar donde están concentrados sus negocios; y respecto de los que están en otro territorio, aquel donde existe la mayor parte de ellos, que son los casos previstos en el artículo 91. ¿Cómo confundir unas cosas con otras, como aplicar las disposiciones expresamente establecidas para un caso, al otro caso, para el cual hay también disposición expresa? Todavía si fuese el domicilio del heredero el que debiese ser atendido, el artículo 101 de este mismo Código de procedimiento faculta para demandar en Venezuela al que no tenga domicilio aquí, si se trata de acciones sobre muebles ó inmuebles existentes en la República, ó de obligaciones provenientes de contratos ó hechos verificados ó que deban ser ejecutados aquí. ¡Que posean y gocen bienes en Venezuela los herederos de un ruso, de un chino, de un japonés que se estableció aquí, que aquí los adquirió, que aquí contrajo deudas y obligaciones, pero que fue á morir en su patria, y que el acreedor venezolano ó extranjero, residente aquí, tenga que ir á Rusia, á China al Japón á buscar los herederos para demandarles sus acreencias, no es lo que establece la ley de ningún pueblo civilizado!

La única condición, pues, que exije la parte del artículo que examinamos, es que haya bienes del finado en el territorio venezolano, y donde exista la mayor parte, allí está el Tribunal competente. Y como á veces puede no ser posible resolver donde esté esa mayor parte de bienes esparcidos en diversas localidades del territorio, cree *Borsari* «que parece fuese congruo dejarle la elección al actor.»

Esta competencia no escluye la del domicilio. Todavía el artículo 91 consagra una última disposición, declarando que la competencia que da este artículo no escluye la del domicilio, pero siendo más de uno los demandados deben todos tener un mismo domicilio para que pueda ponerse la demanda ante el Juez á que ese domicilio corresponda. Quiere decir esto, que el lejislador deja al demandante la elección; de suerte que puede ocurrir, á su voluntad, ó al Juez del lugar donde se abrió la sucesión, ó donde está situada la mayor parte de los bienes si la sucesión se abrió en el extranjero, según el caso, ó bién al Juez del domicilio de los demandados con tal de que tengan todos un mismo domicilio. Si hay uno siquiera de los demandados que tenga domicilio distinto del de los otros, entonces tiene necesariamente el actor que ocurrir al del lugar donde se abrió la sucesión (si fue en Venezuela) ó donde está la mayor parte de los bienes situados aquí (si se abrió fuera del país.)

Art. 92. La acción entre socios se propondrá ante la autoridad judicial del lugar donde se halle establecida la sociedad.

Se proponen ante la misma autoridad judicial las acciones entre socios, aun después de disuelta y liquidada la sociedad, por la división y por las obligaciones que derivan de esta, con tal que

Digitized by Google

se propongan dentro de un bienio después de la división. Esto sin perjuicio de que pueda intentarse la demanda ante el tribunal del domicilio, en los términos que expresa el parágrafo último del artículo 91.

Art. 93. La acción sobre rendimiento de cuentas de una tutela ó de una administración, se propondrá ante la autoridad judicial en que la tutela ó administración fué ejercida, ó en el tribunal del domicilio, á elección del demandante, en los términos expresados en el parágrafo último del artículo 91.

Art. 94. Cuando el obligado ha renunciado su domicilio podrá demandársele donde se le encuentre.

Art. 95. En el caso de haberse elegido domicilio, ó sea en que se haya determinado el lugar en que puede seguirse el juicio, la acción puede proponerse ante la autoridad judicial del lugar que se ha elegido como domicilio.

ESTUDIO 31.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los artículos copiados son los mismos artículos 36, 37, 38 y 39 de los Códigos de 1873 y de 1880.

Código de 1838. Con referencia á las disposiciones de los artículos copiados solo existe en este Código de 38, el artículo 8° de la lei 2 tit. 1°. al cual se le agregó en la reforma de 1857 el final que dice: « Si el demandado ha renunciado el domicilio y vecindad, podrá ser demandado en cualquier lugar en que se encuentre.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 7ª tit. 29 lib. 11 Novis. Recop.* « Y otro sí mandamos que en virtud de las sumisiones generales que se suelen hacer, sometiéndose á cualquiera fuero, jurisdicción y Juez ante quien fueren demandados, aunque haya renunciación de fuero y cualesquiera otras cláusulas, no se pueda proceder sino tan solamente hallándose la persona ó bienes en la jurisdicción del Juez ante quien se pidiere la tal ejecución . . . . »

Lei 32 tit. 2°. Part. 3ª « La catorzena es quando algúd ome oviesse tenido en guarda bienes de huérfano, ó de loco ó desmemoriado, ó de señor en razon de mayordomía ó oviesse seydo maestro ó guardador de montes ó dehesas; que en aquellos logares es tenudo de responder e de fazer cuenta, sobre qualquier destas cosas, ó de otras semejantes, do usaba dellas por razón del oficio que tenía. »

DERECHO ROMANO.—« Prorogatur quoque jurisdictio magistratus ad causas aut personas quœ ipsi non subsunt, ex mutuo liligatorum concensu. »

« Enimvero si se subjiciant aliqui jurisdictioni, et consentiant; inter consentes cujusvi judicis qui tribunali præest, vel aliam jurisdictionem habet, jurisdictio. *L. 1 D de judic.—Up. lib. 2 ad edic.* »

Según las citas precedentes el consentimiento recíproco de las partes prorroga la jurisdicción de un magistrado respecto de personas y negocios que no estaban sometidos, dándole derecho para juzgar.

contraxisse etiam intelligitur et qui quasi contraxit. »

Digitized by Google

« Hinc Diocletianus et Maximianus: eum qui aliena negotia sive ex tutela, sive ex quocunque alio título administravit, ubi hœc gessit, rationem oportet reddere. *L. 1 Cod. ubi de ratio. etc.* »

« Pariter Ulpianus: si quis tutelam vel curam, vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud unde obligatio oritur, certi loci administravit, etsi ibi domicilium non habuit ibi se debebit *defendere*; et si non defendat neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur. *L. 19 § 1. Ulp. lib. 60 ad ed.* »

Según lo inserto, el que hace un cuasi contrato se considera como si hubiese contratado. Por eso Diocleciano y Maximiano dicen que el que ha manejado los negocios de otro, como tutor ó con cualquier otro título, debe rendir sus cuentas en el lugar de la administración. E igualmente dice Ulpiano—si alguno ha administrado una tutela ó una curatela, ó los negocios de otro ó de bancas, ó si en fin ha hecho en un lugar cualquiera un negocio de donde nazca una causa obligatoria, allí deberá defenderse, aunque no sea su domicilio.

EXPLICACIONES.

Cambio de numeración en los artículos. Como las dos disposiciones de los artículos 94 y 95 son generales, y ninguna relación tienen con las de los dos artículos precedentes, hemos creido conveniente para mayor claridad ocuparnos primero de los artículos 94 y 95 antes que de los 92 y 93; y así los estudiaremos.

El 94 no hace otra cosa que declarar el verdadero valor jurídico de la renuncia de domicilio, que se acostumbraba hacer en las obligaciones, diciendo ser simplemente el de poder ser demandado donde se le encuentre, y no como pensaban algunos, dejar al actor en absoluta libertad de demandar donde mejor le pareciera. Con la renuncia se pone el renunciante en el caso de no tener domicilio conocido, como consecuencia de la regla establecida ya para tal caso,

Declarado en el artículo 23 del Código Civil que la ley y el contrato pueden establecer un domicilio especial para ciertos efectos ó actos, y que cuando se ha fijado por contrato debe hacerse constar por escrito; preyee ahora el artículo 95 á que nos referimos, el caso de haberse elegido domicilio ó sea en que se haya determinado el lugar en que pueda seguirse el juicio, y resuelve que pueda proponerse la acción en el lugar elegido. Puesto que la elección ha de constar por escrito, los términos en que se haya hecho aclararán la intención de las partes para decidir si ese lugar se ha fijado como necesario, escluyendo todo otro, ó nó. Si se limita á lo que dice el artículo, él mismo resuelve que *puede* proponerse allí el juicio, lo cual no excluye la aplicación de las reglas generales de la competencia, á elección del demandante.

Sumisión á cualquier tribunal. Pregunta *Sanojo* si será válida la sumisión que haga el deudor á cualquier tribunal que escoja el acreedor? y contesta no hallar motivo para que ese pacto no sea válido. No nos parece claro ese punto porque tal sumisión equivale á una renuncia general de las leyes sobre competencia, y conforme al artículo 4°. del Código Civil la renuncia de las leyes en general no surte efecto. Duro, exótico, nos parece que un deudor de Aragua, por ejemplo, tuviese que ir á contestar la demanda que le propusiese su acreedor de Caracas, ante un tribunal del Zulia, ó de Los Andes, ó de Apure ó de Ciudad Bolívar, á donde ese acreedor tuviese que ir á algún otro asunto, solo por hostilidad ú otro móvil poco digno.

Límite de su elección. Y no debe olvidarse que ese derecho de elección de domicilio, no puede extenderse á cubrir la incompetencia *rationæ materiæ*, que es de orden público; por que está prohibido á las partes hacer tal cosa, en ar-

Digitized by Google

tículo expreso del Código Civil. No podrían, pues, válidamente escoger como Juez para una causa de divorcio, ó de deslinde, el del crímen de tal ó cual lugar.

Acción entre socios. El artículo 92 se refiere á las demandas entre socios. El domicilio de las asociaciones está en el lugar de su dirección ó administración. No se necesitó, pues, ni se necesita, ninguna regla especial sobre competencia, respecto de las sociedades, cuando haya de demandárselas á ellas mismas. Como personas jurídicas están en el mismo caso de las personas naturales, y sujetas á las reglas generales de la competencia, que hemos estudiado. Por eso este artículo se contrae solo á las acciones entre socios. El 1641 del Código Civil dispone que la partición entre socios se gobierna por las mismas reglas que la de la herencia, y así en su forma, como en las obligaciones que de ellas resultan. Era, en consecuencia, congruente que en materia de competencia se aplicasen entre socios, disposiciones semejantes á las establecidas para las acciones entre los interesados en las herencias. A esa consecuencia se ha obedecido en el artículo en que nos ocupamos, estableciendo que las acciones entre socios mientras exista la compañía, y para la división entre ellos después de disuelta y liquidada, y para las obligaciones que derivan de la liquidación y división, con tal que se propongan dentro del bienio siguiente á la división, puedan instaurarse, ó en el lugar donde ha estado establecida la sociedad, ó en el domicilio de los demandados siempre que todos tengan uno mismo. En aquel lugar existen los libros de cuentas, documentos, papeles y todos los datos que pueden conducir á esclarecer la verdad sobre cualquier punto de discusión entre los socios, ó entre los que lo fueron. La sociedad, por sus efectos, se entiende durar aun después de su disolución, cuando se trata de derechos consecuentes, de operaciones que derivan de la sociedad misma, en el círculo de los recíprocos intereses entre los socios. Después del bienio, como dice *Borsari*, toda comunidad del vínculo se reputa concluida, la sociedad ha muerto y quedan como dispersas sus reliquias: el que viene así tarde á hacer valer sus derechos socia es, no puede invocar ya aquellas relaciones en orden á la competencia, fundadas en la existencia real ó virtual del consorcio mismo.

Sociedad con casas distintas. ¿Y si la sociedad tiene diversas casas, dónde se dice que está establecida para los efectos de este artículo? En aquel lugar donde se halla la dirección general, el centro de los negocios. ¿Y si los diversos establecimientos están dirigidos por distintos socios ó gerentes, y la cuestión la promueve uno de los socios de esos establecimientos, no podrá ocurrir al Juez de ese lugar? *Borsari*, siguiendo á *Dalloz*, cree que puede bien intentarse el juicio en alguno de tales lugares: cita una sentencia de casación francesa que decidió que las compañías de seguros que tenían sucursales donde eran representadas por agentes especiales, podían ser citadas ante el Tribunal del lugar de la sucursal por las controversias surgidas con ocasión de obligaciones contraídas por medio de dichos agentes: dice también, haber sido decidido que una sociedad de seguros mútuos, que independientemente del lugar donde está establecida, tenía una sede en algunos Distritos donde era representada por un director, debía citar á los asegurados ante el Tribunal del lugar donde contrataron la obligación; y concluye, que en la variada forma de las industrias modernas, en tantas combinaciones de las sociedades comerciales, no es posible una regla general.

Acción entre socios, real inmobiliaria. Pregunta el mismo autor si la acción puesta por el socio contra los otros, fuese real inmobiliaria, ¿deberá intente conforme á este artículo, ó ante el Juez de la ubicación del inmueble? e que debe intentarse ante el Juez del lugar donde se halla establecida sociedad, siguiendo á *Pisanelli*, separándose de la opinión de muchos es- ores franceses; y se funda, en que entre las razones que determinaron el rio legislativo por la una ó la otra jurisdicción, prevalece ciertamente la sideración de que el mayor interés es el de la sociedad moralmente con- rada, á más de que esa disposición es común á todas las cuestiones so-

Juzgamos bien fundado el sentir del autor.

Digitized by Google

Participación. El mismo advierte, que la sociedad en participación, que no tiene nombre, ni razón, firma social, ni asiento, ni está sujeta á las formalidades prescritas para las otras sociedades, exenta de publicidad y que se prueba por todo medio aun de testigos, no entra en la disposicion de este artículo, y eso nos parece evidente.

Acción por rendimiento de cuentas. El artículo 93 dispone que la acción por rendimiento de cuentas de una tutela ó de una administración, se intente ante el Juez del lugar donde la tutela ó administración fue ejercida, ó en el Tribunal del domicilio de los demandados, siempre que todos tengan uno mismo; á elección del actor. Aquí militan las mismas razones que en los casos anteriores: en ese lugar están los documentos, papeles, datos, testigos, etc., para poder poner en claro la verdad de las cuentas y los procederes del administrador. Obvio encontramos que la disposición comprende á los protutores y á todo otro administrador, incluso el padre que tenga el deber de rendir cuenta.

SECCION 3ª

De la competencia por conexión ó por continencia de la causa.

Art. 96. La acción contra varias personas que por su domicilio deberían ser demandadas ante distintas autoridades judiciales, puede proponerse ante la del domicilio de cualquiera de éllas, si hay conexión por el objeto de la demanda ó por el título ó hecho de que dependa, salvo disposiciones contrarias.

Art. 97. En materias de fiadores ó garantías y en cualquiera demanda accesoria, conocerá el tribunal donde esté pendiente la la causa principal.

Art. 98. Cuando por virtud de las solas pretensiones del demandado, como en los casos de oponer compensación ó de intentar contrademanda, el tribunal haya de decidir sobre una cosa que por su valor corresponda al conocimiento de un tribunal de cuantía superior, es éste el competente para conocer de todo el asunto, aunque el tribunal ante quien se la propuso lo fuese para conocer de la demanda sola.

Art. 99. Cuando una misma causa haya sido promovida ante dos autoridades judiciales igualmente competentes, ó cuando una controversia tenga conexión con una causa ya pendiente ante otra autoridad judicial, la decisión compete á la que haya prevenido.

La citación determinará la prevención.

Art. 100. En la cesión de bienes y en la quiebra conocerán los tribunales del domicilio del deudor.

Digitized by Google

ESTUDIO 32.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los artículos copiados son los mismos 40 á 44 de los Códigos de 1873 y de 1880.

Código de 1838. Art. 9°. ley 2 tit. 1°. «En materia de fiadores ó garantías y en cualquier demanda accesoria, conocerá el Tribunal donde esté pendiente la causa principal.»

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 32 tit. 5 Part.* 5ª «Quita é libre de todo embargo debe ser entregada la cosa vendida al comprador, de manera que si otro alguno gela quisiere embargar, ó moverle pleyto sobre ella, que gela deve facer sana. Pero luego quel movieren ende pleyto tenudo es el comprador de fazerlo saber al que gela vendió, ó á mas tarde ante que sean abiertos los testigos que fueren aduchos sobre aquella cosa en juyzio contra él . . .»

DERECHO ROMANO.—«Vidimus actorem forum rei sequi. Forum ejus rei intelligimus qui principaliter convenitur non actoris que ei defendere tenetur.»

«Unde: venditor ab emptore denuntiatus ut eum evictionis nomine defenderet, dicit se privilegium habere sui judicis. Quæritur an possit litem ab eo judice apud quem res inter petitorem et emp torem cœpta est ad suum judicen revocare? *Paulus* respondit, venditoren emptoris judicem sequi solere. *L. 49 Paul. lib. 3 recp.*"

Dicen estos textos: Se ha visto que el demandante debe seguir el tribunal del reo, y debemos entender el Tribunal del principal demandado, y no de aquel que esté obligado á defenderlo. Por lo que Paulo resolvió que en caso de evicción en una venta, y llamamiento del vendedor como garante, éste debe ir al Tribunal donde esté pendiente el juicio contra el comprador.

«Porrigitur ex legis præscriptio in reconventionibus. Enimvero quamvis causa ex qua fit reconventio, vel is qui reconvenitur ad magistratis juridictionem non pertineret regulariter, tamen ad eam causam personamve jurisdictio hujus magistratus porrigitur.»

«Igitur, si mutuæ sunt actiones et alter minorem quantitatem, alter majorem petat, apud eundem judicem agendum est ei qui quantitatem minorem petit: ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem litigare possim. *L. 11 § 1 Gai lib. 1, ad edict provinc.*»

Según lo inserto, la ley prorroga la jurisdicción en las reconvenciones. En efecto, aunque la causa en que se hace la reconvención no pertenezca al magistrado ante quien se propone, la competencia se extiende á la persona ó á la parte de la causa que no le esté sometida. Así, pues, si uno demanda una pequeña suma y el deudor le reconviene por otra mayor, la demanda debe seguirse ante el Juez ante quien se propuso la demanda menor, para que no se pueda maliciosamente sacar la causa de ese Tribunal por una demanda reconvencional que exeda la competencia.

Decidía por tanto el texto inserto, el caso de nuestro artículo, en sentido c[illegible]rario al de éste; mas al citarlo *Pothier* en sus Pandectas advierte que otros l[illegible] aquel texto de este modo: *ei qui mei in quantitatem* MAJOREM *reconvenit a[illegible]ndum est. . . .*—Según lo cual la doctrina en vez de ser contraria sería l[illegible]isma de nuestro artículo.

EXPLICACIONES.

[illegible]nexión y continencia. He ahí otras fuentes de competencia, la conexión y [illegible]ntinencia de la causa: fundadas, más especialmente, en interés de la

Digitized by Google

justicia, para evitar la multiplicidad de los juicios y la posibilidad de sentencias contrarias ó contradictorias. No son sinónimas las dos palabras. *Conexión*, es el vínculo material ó lógico que varias cosas ó varias ideas tienen entre sí: *continencia*, es la comprensión de una cosa en otra, como lo principal contiene los accesorios.

El artículo 96 dispone que la acción contra varías personas que por su domicilio deberían ser demandadas ante diversas autoridades judiciales, puede proponerse ante la del domicilio de cualquiera de ellas, si hay conexión por el objeto de la demanda ó por el título ó hecho de que dependa, salvo disposiciones contrarias.

Mas adelante nos ocuparemos de la acumulación de las acciones y de los autos ó procesos, para exponer los principios legales que la rigen. Por ahora nos limitaremos á reconocer que una misma demanda puede comprender, como ya lo hemos visto, varios demandados, bien por una acción única, bien por varias acumuladas legalmente, con tal que el objeto, título ó hecho de que dependan, los comprenda á todos. Así pueden ser demandados todos los herederos de una persona por otra á quien el difunto quedara debiendo por uno ó mas respectos: ó todos los codeudores obligados solidariamente en un pagaré: ó todos los condueños de una finca que debiese á otra un derecho de paso; pero no podría uno demandar en un mismo libelo á algunos ó todos sus deudores, por contratos ó respectos diferentes. Si hay, pues, varios demandados, que por su domicilio debieran serlo ante distintos Jueces, habría que dividir la demanda y proponer tantas como distintos domicilios hubiese, si debiera aplicarse en todo rigor la regla *actor sequitur forum rei;* pero como cuando hay el enlace que dejamos explicado, sería perjudicial á las mismas partes y á la buena administración de justicia, la multiplicidad de pleitos que sin inconveniente y con provecho pueden seguirse en un mismo proceso, se modifica aquel principio, dando al demandante la elección del domicilio de cualquiera de los demandados, para proponerles una demanda única.

¿Qué de la residencia? En Francia, donde existe la misma disposición legal, se ha presentado en la práctica la cuestión de si pudiera el demandante elegir la residencia de uno de los demandados que no tuviese domicilio conocido, y obligar á los demás á someterse á la jurisdicción del Juez de esa residencia. La Corte de Amiens resolvió negativamente, fundándose en que el domicilio es un hecho cuyos elementos son ciertos y determinados, mientras la residencia es frecuentemente pasajera y equívoca; y en que al dar á ésta los efectos de aquél se abriría la puerta á los abusos, sacando de sus jueces naturales á las partes domiciliadas: resolución que creemos bien fundada y aplicable á nuestra práctica judicial, ya que son idénticos en ambos paises los preceptos legales que con ella se relacionan.

Acciones accesorias. El artículo 97 dispone que en materia de fiadores ó garantías y en cualquier demanda accesoria, conocerá el tribunal donde esté pendiente la causa principal, El objeto, como se ha dicho, es evitar que los pleitos se multipliquen sin objeto, y sobre todo impedir la posibilidad de fallos contradictorios ó incompatibles. Nada más justo y lógico que seguir en un mismo proceso materias tan íntimamente ligadas, que es una, accesoria de la otra, como si dijéramos, derivación ó consecuencia lógica y jurídica una de otra. Abraza la disposición las demandas ó citaciones de saneamiento, de que más adelante vuelve á ocuparse el Código: las de garantía, ó sean aquellas en que se llama á un tercero al juicio ya existente para que venga á libertar de una obligación, ó á garantizar un derecho, ó dejar libre de todo ataque al que lo llama: las relativas á los fiadores con el fin de que vayan al juicio seguido contra el deudor ó cofiador: la citación al tenedor de la cosa hipotecada para que pague, si lo prefiere, y evite el remate de la finca que se persigue contra el deudor principal; y cualquiera otra en que se trate de un punto ó materia accesoria de un pleito principal ya existente. Si este juicio principal no existe, y esas acciones contra vendedores, garantes, fiadores etc. se proponen como

Digitized by Google

principales, claro es que no tiene aplicación el artículo, y deben seguirse las otras reglas de competencia propias del caso, para determinar el tribunal á quien toque conocer.

El artículo 98 éntra en otro órden de ideas: él dice, que cuando por virtud de las solas pretenciones del demandado, el tribunal haya de decidir sobre una cosa que por su valor corresponda al conocimiento de un tribunal superior, es este el competente para conocer de todo el asunto, aunque el tribunal ante quien se la propuso lo fuese para conocer de la demanda sola. No se trata ya aquí de la competencia para la demanda, atendido lo que en el libelo se pide, sino de la competencia para seguir el negocio ó nó, ante ese tribunal, atendidas las solas pretensiones del demandado: ni tampoco de la del Juez que tiene la mayor jurisdicción, sin límite máximun, como el de la instancia civil en el Distrito, que conoce de cuanto exceda de cuatro mil bolívares, sea lo que fuere; sino de un Juez inferior que tiene límite fijo del cual no puede exederse, como los de Distrito ó de parroquia. Si por las solas pretenciones del demandado se pone al tribunal en el caso de decidir sobre una cosa que por su cuantía corresponde al Superior, cesa la jurisdicción del inferior para seguir conociendo en el asunto, y está en el deber de mandarlo al Superior para que éste conozca de todo. ¿Y cuales son esas pretensiones del demandado á que se refiere la disposición? Ahora lo expresa el mismo artículo: una reconvención ó una compensación propuestas por el demandado. Si éste, pues, al contestar la demanda, reconviene al actor por una suma que exede de la cuantía de que puede conocer el tribunal, ó bien opone compensación hasta la suma concurrente, sobre una cantidad exedente de esa cuantía atribuida por la ley al tribunal, no puede seguir conociendo éste y tiene que mandar el asunto al superior á quien compete conocer de la reconvención ó de la compensación. En ambos casos el tribunal ha de fallar en la sentencia definitiva no solo sobre la demanda, sino también sobre la reconvención ó sobre la pretendida compensación. Aunque entre aquélla y ésta hay la diferencia de que la primera puede deducirse aceptando ó contradiciendo la demanda, mientras que la segunda de hecho la admite, producen el mismo efecto en cuanto á que ambas exijen sentencia definitiva sobre una cuantía superior á la del tribunal, en el caso á que el artículo se refiere. En la reconvención juzga el Juez de sus fundamentos y su importancia para poder fallar: en la compensación, aunque la suma compensable, que es la demandada, sea menor, tiene el tribunal que juzgar de la totalidad del crédito que pretende tener el reo, y de las condiciones necesarias para poder operar compensación, porque no puede dividir el Juez en dos porciones el pretendido crédito, sus fundamentos, su prueba y sus condiciones, para limitarse á aceptarlo solo hasta concurrencia, sino que tiene que reconocerlo hasta donde esté probado, y declarar la compensación hasta concurrencia, si há lugar á ello.

Nótese que el artículo dice *sobre una cosa que por su valor etc.*, nó sobre *una cantidad de dinero.* Para nosotros quiere eso decir que el artículo se extiende al caso en que la reconvención verse sobre una *cosa* cuya estimación, según el demandado, exeda la cuantía del tribunal, y abraza también la compensación de cosas de la misma especie, compensables, cuando según la estimación exede de la cuantía del Juez. El texto de la ley comprende tales casos, y la razón es la misma que en el de tratarse de sumas de dinero. Demanda uno ante el juzgado del distrito por dos mil bolívares, valor del pagaré que p enta. Contradice ó nó el demandado, pero reconviene por diez caballos d dos por el actor al demandado, que este estima á seiscientos bolívares cada u ó por la entrega de una casa que está obligado á darle el actor, que e ia el reo en ocho mil bolívares. La materia de la reconvención exede s duda de la cuantía del Tribunal. No reconviene el demandado, sino que o ie compensación, diciendo: «cierto que debo el pagaré que se me deman la, p adeudándome el actor cien quintales de café que le vendí á 80 bolíva- r cada uno y le entregué el día tal, se ha operado compensación hasta c c a del valor del pagaré, y me adeuda el resto.» Tampoco puede

Digitized by Google

haber duda de que el caso está comprendido en la disposición del artículo. Y lo mismo sucederá si se demandan cosas fungibles de cierta especie, calidad y bondad, y se reconviene ú opone compensación con especies idénticas compensables, cuya estimación exeda de la cuantía del Tribunal.

Este artículo, al adoptarse en nuestro Código, fue objeto de largas discusiones en la Comisión Redactora para procurar formularlo en los términos más precisos, sin darle ni una extensión demasiado lata, ni una limitación tan estrecha que viniese á coartar el derecho de la defensa. El Código Italiano, de donde se tomaron varias disposiciones cónsonas con nuestro procedimiento y con nuestros precedentes judiciales, se ocupa especialmente de la reconvención y de la compensación en sus artículos 100, 101 y 102. Y se observa en éllos que respecto de la reconvención exigen que sea dependiente del mismo título en que se apoya la demanda, el cual viene á constituir el enlace ó conexión entre las dos; y respecto de la compensación, establece diferencia entre la que está ya consumada según los títulos, y la que requiere prueba y apreciación de élla para poderla declarar verificada legalmente. La redacción de nuestro artículo, que no nombraba siquiera la reconvención ni la compensación, sino que se refería y se refiere á las *solas pretensiones* del demandado, sin duda que quiso generalizar, para abrazar toda exigencia del demandado; pero teniendo siempre como punto objetivo la cuantía, para quitar al Juez el poder de seguir conociendo del asunto desde que la exigencia del demandado excediese de la cuantía atribuida al Tribunal. Pero esa misma generalización está diciendo que entre nosotros, la reconvención, aun fundada en título distinto del de la demanda, no puede ser rechazada por el Juez, mandándola deducir en juicio separado, sino que tiene que darle curso, elevando todo al Superior, desde que la cuantía esté atribuida á éste. Fundada en el mismo título ó en otro distinto, es una demanda formal que se opone como defensa, y que es preciso sustanciar y decidir; y puesto que es el interés de las partes y de la justicia evitar la multiplicidad de los juicios, no existe razón para limitar el derecho de defensa ni motivo para que ambas demandas, principal y reconvencional, no se sustancien y fallen juntas. Las únicas excepciones son la de que el objeto de la reconvención constituya una materia extraña á la jurisdicción civil, como comercial, penal, administrativa, en cuyo caso vendría la incompetencia *ratione materiæ*, que es de orden público, no sólo para el Juez que está conociendo, sino para el Superior á quien elevara el proceso; y la en que la materia de la reconvención, fuese incompatible con la demanda, por ser de procedimiento especial, y habría que desechar la reconvención y ordenar que se dedujese en juicio separado ante la jurisdicción ó Tribunal correspondiente, como en aquel otro caso.

Origen de las reconvenciones. Borsari, al hablar de esta materia, dice que hasta *Papiniano* ó sea hasta la época de *Marco Aurelio y de Antonino*, fueron ignoradas las reconvenciones, mientras reinó el sistema formulario, porque sentenciando el Juez por la fórmula que le era prescrita, no podía tener competencia en la reconvención, que no era contenida en la fórmula. Pero como el progreso del derecho civil demandaba á la equidad lo que el derecho no concedía, encontró *Papiniano* que la reconvención (palabra usada más tarde) y la compensación venían á ser ambas *mutua petitio*, cuando la primera cayese *super eodem negotio*, para el cual había sido dado el Juez pedaneo. Luego amplió la teoría la *Novela*, 96 c. 2, como si el rigor de la competencia *quoad forum* no fuese la observada. Y por último, el derecho canónico escribió: *Judex etiam delegatus compellit actorem ad respondendum reo in causa reconventionis et utranque causam ordine successivo simul audiet et una sententia terminabit. (Decret. Lib. II, Tít. IV).*

Compensación. Cuanto á la compensación, como la sentencia de que habla el artículo, no se dá sino después del debate probatorio, no hay motivo ni objeto para distinguir según el título de que se deriven la demanda y la compensación; de suerte que sólo cabe examinar la cuantía para que el Juez de la demanda retenga ó nó el conocimiento.

Digitized by Google

¿Otros casos? Atendidas las palabras del artículo: « cuando por virtud de las *solas pretensiones* del demandado, como en los casos.... el Tribunal *haya de decidir* sobre una *cosa* que por su *valor* corresponda, etc. » no hemos encontrado en rigor otras defensas que pueda el demandado oponer que llenen esas condiciones, fuera de la reconvención y la compensación. Las excepciones que puede alegar, sólo tienen en general, la posibilidad de excluir la acción, y bajo ese aspecto es que se las considera en la sentencia. Mas como no faltan excepciones de naturaleza, tal, que envuelven puntos que requieren decisión, aunque sea incidentalmente, para poder resolver la demanda misma, como por ejemplo, una cuestión de Estado; si algún caso se presentare en la práctica, de carácter dudoso, el principio del artículo, respecto de competencia, habrá de tenerse en cuenta para no contrariar el propósito bien expresado del legislador. Para mejor ilustración del punto, convendrá recordar entonces la siguiente doctrina de *Tullier*, hablando de la cosa juzgada con referencia á una sentencia de la Corte de Casación: « Esta sentencia decide bien positivamente que el fallo dado con un contradictor legítimo, sobre la cuestión de Estado propuesta incidentalmente y por vía de excepción, no tiene menos fuerza que el dictado sobre la misma cuestión por vía de acción principal; y esta decisión es conforme á la razón; porque en el uno como en el otro caso, el fallo no puede ser pronunciado sin que la cuesrión sea examinada y juzgada. Los Jueces no pueden pronunciar sobre una excepción, desecharla ó admitirla, sin examinar y juzgar si ella es fundada: sólamente que en este caso la decisión se encuentra enunciada en los considerandos, como medio decisivo y perentorio de desenlazar la demanda principal; y cuando la cuestión se ha propuesto por vía de acción principal, la decisión no es enunciada sino en la parte dispositiva y como disposición principal. »

Pasemos al artículo 90.

Prevención. Si dos autoridades judiciales son competentes para conocer de una causa, sería absurdo que lo hiciesen ambas á la vez, y que un sólo pleito se convirtiera en dos, con perjuicio de las partes y de la buena administración de justicia. La ley llama entonces á conocer al que ha prevenido, esto es, á aquel para ante el cual ha sido citado primero el demandado. Ejemplo de *Borsari:* « Ticio demanda un legado de cantidad á Cayo, heredero testamentario. Al mismo tiempo Cayo demanda para que se tenga como no escrito el legado, por motivo, supóngase, de que el legatario murió antes que el testador. El primero ocurre al Tribunal de Libornia, porque allí está domiciliado Cayo; el segundo al Tribunal de Parma, porque allí está el domicilio de Ticio. Ambos serían competentes, pero para evitar sentencias contradictorias, uno debe ceder, y es aquel en el cual se hizo la citación posterior. En realidad la causa es una misma, versando inmediatamente sobre el mismo objeto, porque el legado no puede ser debido y no debido al mismo tiempo, puesto que en un procedimiento se afirma y en el otro se niega, según el punto de vista de las partes. »

La citación determina la prevención, esto es, la de fecha anterior prevalece sobre la de fecha posterior, lo cual se resuelve por los recibos otorgados por las partes, ó las declaraciones juradas de los encargados de la citación.

Conexión. Lo mismo sucede cuando, pendiente ya una causa ante un Tribunal, se promueve ante otro Tribunal otra controversia que tenga conexión aquella causa. Ejemplo: supóngase que demandado en Caracas un arren-or por su arrendatario para que le haga reparaciones mayores en uno de edificios de la finca arrendada á que está obligado según el contrato, y ticada ya la citación, esté ó no contestada la demanda, el arrendatario iega á seguir pagando las pensiones como venía haciéndolo, y el arren-or á su vez demande á su arrendatario en La Guaira, lugar de su domi-, para que le pague las pensiones vencidas y las que se sigan venciendo; es que esta última demanda tiene conexión con aquella otra, pues aun-bre objetos distintos, vienen ambas de un mismo título, nacen las dos

Digitized by Google

del mismo contrato de arrendamiento, y en consecuencia, toca conocer de ambas al Juez de Caracas, donde está pendiente el primer juicio. La fecha de la citación es también la norma para decidir cuál sea el juicio pendiente.

Procedimiento práctico. ¿Y cuál es el modo práctico de proceder en uno y otro caso? Aquel á quien interesa puede ocurrir al Juez que ha prevenido, pidiéndole que exija al otro Juez que se abstenga de conocer en la demanda ante él propuesta y le envíe los autos. El Juez ante quien se hace la solicitud, según los recaudos que se le presenten, acordará ó nó el requerimiento. Si lo acuerda, y el requerido envía su expediente, el que lo recibe examinará todavía si en efecto el asunto está comprendido en el artículo 99, para acordar la acumulación, si es procedente, ó negarla y devolver los autos, si no lo es. Si se niega el requerido, se sigue entonces la controvercia de competencia entre los dos Jueces, para que la resuelva el Superior á quien está atribuido dirimirla. Puede también aquel á quien interesa, hacer su solicitud de abstención al Juez de la segunda demanda, pero, convendrá que no omita ocurrir también siempre al Juez que previno, para allanarse dificultades.

Excepción dilatoria. En vez de proceder como acaba de decirse, puede el *demandado* á quien interese, esperar la contestación de la correspondiente demanda, y en ella oponer la excepción de litis-pendencia, sosteniendo que aquella demanda debe ser enviada, para ser acumulada, al Juez que previno, en el caso de demandas idénticas, ó donde está pendiente ya el otro juicio, en el caso de conexidad. Si fuere declarada sin lugar la excepción de litis-pendencia, entonces puede hacer provocar la cuestión de competencia entre los Jueces, Ejemplo. Supóngase, en el caso propuesto por *Borsari*, que el tribunal que previno fue el de Parma. por haber sido citado allí Ticio antes que en el de Libornia citaran á Cayo. Este al contestar ante el Juez de Libornia puede oponer la excepción de litis-pendencia, porque ya en el Juzgado de Parma pende el mismo juicio en virtud de haber este prevenido por la citación anterior. Supóngase por el contrario que el Juez que previno fue el de Libornia, por haber citado allí primero á Cayo. Ticio al contestar ante el Juez de Parma puede oponer la dicha excepción por estar ya pendiente el mismo juicio en virtud de la prevención, ante el tribunal de Libornia. En el ejemplo de demandas del arrendatario contra el arrendador ante el tribunal de Caracas por reparaciones, y del arrendador contra el arrendatario en la Guaira, por pensiones, si previno al de Caracas por la anterioridad de la citación, el arrendatario puede, al contestar la demanda en La Guaira, oponer la excepción de litis-pendencia, por estar pendiente el juicio en Caracas, en virtud de la prevención y deber conocer ese Juez por la conexión; y si previno al de La Guaira, el arrendador al contestar la demanda en Caracas, puede oponer la dicha excepción por estar ya pendiente en La Guaira el juicio cuya conexión da competencia al Juez de este lugar. Como se habrá notado, la excepción de litis-pendencia en estos casos se compenetra con la de incompetencia del tribunal, de suerte que pudieran oponerse las dos, fundadas en las mismas causales, y prudente sería hacerlo así para no correr el riesgo de un criterio errado del tribunal.

Acumulación. Y ya que los casos comprendidos en al artículo 99 vienen á resolverse por una acumulación de autos, expliquemos lo que es ésta, los distintos casos en que procede, y el modo de obtenerla, según los autores españoles.

La acumulación de autos es la reunión de varios procesos en uno, para que continúen juntos y se decidan en un mismo juicio.

Debe solicitarse por alguna de las partes, porque aunque interesa á la sociedad que se evite la multiplicidad de pleitos, ese interés es indirecto y debe subordinarse al de las partes que son los interesados principales y directos. Pero hay casos en que es de interés público, y entonces debe el Juez acordarla de oficio, y son los de quiebra, cesión de bienes, juicios universales de testamentarías ó sucesiones intestadas, y cualquier otro determinado por la ley.

Digitized by Google

Según el artículo á que nos referimos, tiene lugar la acumulación cuando una misma causa haya sido promovida ante dos autoridades igualmente competentes, y cuando una controversia tenga conexión con una causa ya pendiente ante otra autoridad judicial. Los autores expresan eso mismo de modo más práctico, diciendo que procede la acumulación, cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los procesos produzca excepción de cosa juzgada en el otro, y cuando por seguirse separadamente los juicios se divida la continencia de la causa. Ejemplo de lo primero sería una demanda sobre nulidad de un testamento, y otra demanda cobrando á la misma persona un legado hecho en el mismo testamento, pues al fallar declarando la nulidad se produciría cosa juzgada respecto del legado. Si no se acumulasen pudieran llegar á darse dos sentencias contrarias.

Continencia de la causa. Continencia de la causa es la unidad ó conexión que debe existir en todo juicio respecto á la acción, á la cosa litigada. al Juez, á las partes, á la sustanciación y al fallo definitivo. Cuando entre dos juicis existe tal enlace que siguiéndose con separación se destruye aquella unidad y conexión, se dice que se divide la continencia de la causa,

Al estudiar el Título XII de este Libro tendremos oportunidad de volvernos á ocupar de la materia.

El artículo 100, último de la Sección, determina que en la cesión de bienes y en la quiebra conozcan los tribunales del domicilio del deudor. Esos juicios son universales: comprenden todos los bienes y todas las deudas; por consiguiente los mismos principios de competencia que quedan expuestos vienen en apoyo de aquella disposición legal. En el domicilio del deudor están todos los documentos y datos que puedan necesitarse, allí es natural que estén los bienes ó su mayor parte, allí la concentración de las operaciones y negocios. Aunque sean el cedente ó el fallido los que provoquen el juicio universal, los acreedores tienen ó pueden tener en él, el doble caracter de demandados y demandantes, cobrando, tachando en apoyo de su derecho, y defendiéndose de las pretensiones de cualquier otro que de alguna manera pueda dañarles. No se concibe, pues, que pudiera escojerse otro tribunal para darle competencia en tales juicios, que tienen el poder de atraer á sí, y hacer acumular de oficio, los juicios particulares que existan.

SECCION 4ª

Disposiciones relativas á los no domiciliados en Venezuela.

Art. 101. El que no tenga domicilio en la República puede ser d ıdado ante las autoridades judiciales de la misma, aunque no s ıentre en su territorio:

. Si se trata de acciones sobre bienes inmuebles ó muebles, e ıtes en la República:

Si se trata de obligaciones provenientes de contrato, ó he- c erificados en la República, ó que deban ser ejecutados e

Digitized by Google

Art. 102. Si el que no tiene domicilio en la República, se encontrare transitoriamente en su territorio, puede ser demandado ante los tribunales respectivos, no sólo en los casos expresados en el artículo precedente, sino también en todo caso de acción personal en que la ejecución pueda exigirse en cualquier lugar.

Art. 103. En los casos de los dos artículos precedentes regirán las reglas de la competencia establecidas en las Secciones anteriores, en cuanto sean aplicables, teniéndose como domicilio ó residencia el lugar donde se encuentre el demandado.

Art. 104. Cuando el contrato no se ha celebrado en Venezuela, y la persona no tenga habitación ó domicilio elegido en la República, ni haya un lugar establecido para la ejecución del contrato, la acción personal se propondrá ante la autoridad judicial del lugar en que el actor tenga su domicilio ó habitación; y si versare sobre inmuebles determinados, ante el tribunal del lugar donde se encuentren éstos.

ESTUDIO 33.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los dos artículos 101 y 104 son los mismos 45 y 46 de los Códigos de 1873 y de 1880, pero con algunas alteraciones.—Los artículos 102 y 103 son nuevos.

Codigo de 1838. Ninguna disposición especial se encuentra en este Código sobre la materia de los artículos insertos.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 15 tit. 1º Part. 1ª* «Todos aquellos que son del señorio del fazedor de las leyes sobre que las él pone, son tenudos de las obedecer e guardar, e juzgarse por ellas e non por otro escrito de otra ley fecha en ninguna manera . . . . E eso mismo decimos de los otros que fuesen de otro señorio, que fiziessen el pleyto, ó la postura ó yerro en la tierra do se juzgare por las leyes; ca maguer sean de otro lugar non pueden ser escusados de estar á mandamiento dellas, pues que el yerro ficiesen onde ellas han poder; e aunque sean de otro señorio, non pueden ser escusados de se juzgar por las leyes de aquel señorío en cuya tierra oviesen fecho alguna destas cosas.»

DERECHO ROMANO.—«Omnem obligationem pro contractu habendam, existimandum est, ut ubicumque aliquis obligatur contrahi videatur.—*D. ley 20 de judic.*»

Texto que dice: que se ha de tener entendido que toda obligación ha de asimilarse á contrato, para que en cualquier lugar que uno se obligue parezca que contrae.

EXPLICACIONES.

Disposiciones del Código Civil. El artículo 27 del Código Civil dice que, el demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado, á no ser que posea en el país bienes suficientes. Según esto, el no domiciliado en Venezuela, sea nacional ó extranjero, puede ser demandante, con la obligación de prestar la caución *judicatum solvi*, si no posée en el país bienes suficientes.

Digitized by Google

Conforme el artículo 26 del mismo Código, pueden ser demandados en Venezuela aun los no domiciliados en ella por obligaciones contraídas en la República, ó que deban tener ejecución en Venezuela. Comprende también la disposición, así á los nacionales como á los extranjeros.

Se igualan los extranjeros á los venezolanos. Encontramos más liberales y más filosóficas esas disposiciones que igualan en esos puntos á los extranjeros con los nacionales, que las de otros países que sólo se refieren á aquéllos; pues que ellas no se fundan en la diferencia de nacionalidad, sino en el hecho de no tener domicilio ni residencia en el país; y además, en el caso del demandante, de no poseer en el territorio bienes en cantidad suficiente, circunstancia que así pueden concurrir en el nacional como en el que no lo es.

Por otra parte, consecuentes con nuestra Constitución nacional, y con tratados públicos con otras naciones, en que se consigna el derecho de libre acceso del extranjero á nuestros tribunales á hacer valer sus derechos, no autorizamos á nuestra administración de justicia para declararse incompetente en muchos asuntos de extranjeros, como se vé en Francia, en que se tiene como principio, en general, que la justicia se debe solo al regnícola, y no á los extranjeros entre sí.

Casos del artículo 101. Ahora viene el artículo 101 que estudiamos, á explicar y á ampliar el citado artículo 26 del Código Civil. El nos dice que quien no tenga domicilio ni se encuentre en el país, puede ser demandado ante las autoridades judiciales venezolanas, en estos casos: 1°. si se trata de bienes inmuebles ó muebles existentes en la República: y 2°. si se trata de obligaciones provenientes de contratos ó hechos verificados en la República ó que deban ser ejecutados en ella.

Respecto de lo primero, si se trata de inmuebles, la jurisdicción es innegable: es consecuencia natural de la jurisdicción territorial y de la soberanía nacional, como se reconoce universalmente; y si se trata de muebles, desde que están en nuestro suelo, é igualados por la ley á los raices, ni podríamos dejar á la decisión de la justicia extranjera las cuestiones respecto de éllos, sin menoscabo también de nuestra soberanía, ni podríamos abandonar á la acción de los contendores el resolver por la fuerza sus encontradas pretensiones, con riesgo del mismo orden público y ofenza y desdoro de nuestra administración interior.

¿Porqué dice el artículo, puede? Nótese que el artículo se limita á decir que puede ser demandada la persona ante las autoridades judiciales venezolanas, sin decir ante cual. Por una parte, se desprende del texto que es potestativa la demanda, para dejar al interesado el derecho de ir á atacar á su demandado en su domicilio ó residencia fuera del país. Por otra, no necesitaba decir aquí el legislador cual fuese el tribunal competente, cuando ya ha dejado establecidas las reglas de la competencia: según el caso, se aplicarán las disposiciones correspondientes, como lo dice ahora expresamente el artículo 103.

Caso primero. No hay otra cosa que observar sobre ello, sino que en el caso de inmueble, la competencia queda reducida al lugar de la ubicación, puesto que el artículo parte de la base de que el demandado no tenga domi-
[illegible] ni se encuentre en el país; y la regla establecida atrás le dá elección entre
[illegible] el lugar, el del domicilio y el de la celebración del contrato, si allí está
[illegible] emandado. En el caso de mueble los artículos antes estudiados designan
[illegible] o competentes el Tribunal del domicilio: el donde se contrajo la obligación,
[illegible] lí se encuentra el demandado: y el de la ejecución y el de la situación de la
[illegible], si también se encuentra en él el demandado. El caso previsto en el
[illegible] culo que estudiamos es el de no tener éste, domicilio ni estar en el país,
[illegible] uerte que de esos cuatro lugares solo quedaría hábil el de la ejecución. ¿Y
[illegible] contrato que fije lugar de ejecución, si se trata por ejemplo de una

Digitized by Google

reivindicación de cosa mueble, no habría ante quien demandar á la persona, y quedaría sin aplicación el artículo 101? *Borsari* se hace cargo de la dificultad, y dice: que la acción real mobiliaria se iguala á la personal por la suposición de que la cosa mueble acompaña á la persona, y como en el caso del artículo 101 la persona y la cosa andan separadas, aquélla fuera del país y ésta en el territorio, se prescinde de la ficción ante la realidad, con tanta mayor razón cuanto que aquí hay el interés de secuestrar inmediatamente la cosa, antes de que pueda ser trasladada á otra parte. Opina, pues, que en tal caso se podría demandar ante el Juez del lugar donde esté la cosa.

Caso segundo. El número 2° se refiere al caso de obligaciones provenientes de contratos ó *hechos* verificados en la República ó que deban ser ejecutados en ella. Comprende por tanto, las obligaciones que nazcan de contratos, de cuasi-contratos, de delitos ó cuasi-delitos, verificados en Venezuela. Para elegir el Tribunal competente no habrá dificultad seria, porque si faltan el elemento *domicilio* y *presencia* de la persona, como lo supone el artículo, quedan el del *contrato* y el de la *ejecución*. Sólamente habrá de tenerse presente que cuando el origen de la obligación no sea un contrato sino un hecho, el lugar donde éste se efectuó se equipara al lugar de la celebración de aquél.

Casos del artículo 103. El artículo antiguo agregaba que si el individuo se encontraba en la República, tambien podía ser demandado en ella por ante el Tribunal respectivo en cuya jurisdicción se encontrara. Puesto que se suponía no tener domicilio ni residencia en el país, natural y armónico con los principios ya establecidos, era que se diera competencia al Juez respectivo del lugar donde se le encontrase. ¿Pero á qué acciones, á qué asuntos se refería tal disposición? Si entendíamos que era sólo á los mismos de los números 1° y 2° que acabamos de examinar, parecía trivial y supérflua; porque, si no teniendo la persona domicilio en el país, ni *estando* en él, disponía el legislador que se le pudiera demandar aquí, en aquellos casos, ¿á qué salir á renglón seguido diciendo, qué si se encuentra en el país pueda demandársele en esos mismos casos? Eso estaba dicho implícita pero claramente en la primera parte del artículo, y estaba dicho también al establecer las reglas generales de la competencia. La disposición debía, pues, tener mayor alcance, y así lo habíamos entendido nosotros, opinando que ella facultaba para hacer cualquiera reclamación judicial, sea la que fuere, al que se encontrara en el territorio de la República, sin otras limitaciones que las establecidas en el derecho internacional, bien negando jurisdicción á la República, caso en que tendrá el Juez venezolano que declinar la jurisdicción, bien ordenando que se aplicase la ley extranjera, caso en que habrá de decidirse por esa ley y sustanciarse por la ley venezolana. La reforma última con su artículo 103, ha quitado toda duda, fijando las cosas en su verdadero puesto Aclarémoslo con ejemplos. Así, un nacional ó un extranjero que contrató fuera de la República con otro extranjero ó nacional, sin fijar lugar de ejecución, y si la obligación puede cumplirse en cualquier parte, como pagar una cantidad, puede demandar aquí al obligado si lo encuentra en este país: una venezolana ó extranjera que casó fuera del país, respectivamente, con extranjero ó venezolano, que la envió á Venezuela, puede demandar aquí á su marido, si aquí lo encuentra, por los suplementos que haya tomado para gastos necesarios y para alimentos; y así en muchos otros casos en que no se trata de bienes inmuebles ó muebles situados en el extranjero y en que la obligación es personal. Pero no podría, verbi-gracia, demandarse á la persona que se encontrase aquí, por responsabilidades civiles de un delito ó cuasi-delito que se le imputase como ejecutado en lugar extranjero, porque ese hecho es de la exclusiva jurisdicción del lugar donde se efectuó; ni un esposo demandar á su esposa, que encontrase aquí, para que se declarase el divorcio, *quoad vinculum* y la completa libertad para volverse á casar, por más que el matrimonio se celebrase bajo leyes que así lo dispusiesen; porque el Tribunal venezolano no podría hacer declaratoria contraria á leyes venezolanas de orden público; y así en otros casos en que el derecho internacional no consiente la jurisdicción del poder judicial del país.

Digitized by Google

Casos del artículo 104. Ahora viene el artículo 104 á decirnos que cuando el contrato no se ha celebrado en Venezuela, ó sea, que se haya celebrado en el extranjero—que la persona (á quien se ha de demandar se entiende) no tenga *habitación* ó domicilio *elegido* en la República—y que no se haya establecido un lugar para la ejecución del contrato, la acción *personal* se propondrá ante la autoridad judicial del lugar en que el *actor* tenga su domicilio ó habitación; y que si la acción versare sobre inmuebles determinados, se propondrá ante el Tribunal del lugar donde se encuentren éstos. Varias dudas ofrecía este artículo cuando no existía el 103. Con éste han desaparecido. Supone también este artículo 104, que el demandado no se halle en el país ó que si lo está no se sepa donde: ya porque si fuese lo contrario no establecería la competencia en el lugar del domicilio ó residencia del *actor*, para no contradecir lo dispuesto ya, dándola al Juez del lugar donde se le encuentre, consecuente con lo establecido en las reglas generales de competencia sentadas atrás: ya porque, previsto y resuelto en el artículo precedente el caso de haberse celebrado el contrato en la República ó deberse ejecutar en ella, parece natural que ahora se ocupara del caso de haberse celebrado el contrato en el extranjero y de no estar fijado en él, lugar para su ejecución, ni elegido un domicilio; agregando sólo como nuevo elemento, el no tener habitación ó ser ambulante. Parte, pues, de que no esté en el país ó que sabiéndose que está, se ignore dónde. No puede engendrar duda el hecho de que se hayan suprimido las palabras *ó real sobre bienes muebles* que en el Código de 1873 seguían á *la acción personal.* Porque previsto en el artículo 101 el caso de *tratarse de acciones* sobre bienes muebles ó inmuebles existentes en la República, en que están incluidas las reales mobiliarias é inmobiliarias, no tenía el legislador para que volverse a ocupar de éllas. Aquí, para mayor claridad, se limitó por eso á las acciones *personales:* si versan sobre muebles, no necesitaba distinción entre ellas y las meramente personales, porque eso no amerita diferencia, equiparándose unas á otras: si versan sobre inmuebles no se hace innovación, sometiéndola al Juez de la ubicación. Esté el demandado en el país, esté fuera, las cosas muebles ó inmuebles están bajo la jurisdicción nacional, hallándose en el territorio; que si están en el extranjero nada necesitaba disponer el legislador, pues se hallan sometidas á jurisdicción á que no alcanza la de la República. Ejemplo de esas acciones *personales* que versan sobre muebles ó inmuebles, son las intentadas contra un inquilino ó arrendatario á quien se ha alquilado un coche, un caballo, etc., ó una casa, apartamento, etc. arrendatario que puede ser transeunte y aún ambulante.

Jurisdicción fundada en la nacionalidad. Ahora ocurre preguntar ¿y no quedará establecida así, en los artículos á que nos contraemos, la jurisdicción fundada sólo en la nacionalidad ó residencia, que en todas partes se combate y desconoce como un privilegio injusto en favor de los nacionales ó extranjeros residentes, puesto que faltan el domicilio y residencia, lugar del contrato, lugar de ejecución, domicilio electo? Nó, porque en unos de los casos supuestos queda todavía la situación de la cosa en la República, y en los más desfavorables, queda el lazo entre los contratantes en un contrato, aunque sea celebrado fuera, pero cuyas obligaciones personales puedan cumplirse en cualquier parte.

SECCION 5ª

Del modo de dirimir la competencia entre los Jueces.

---

t. 105. En cualquier estado del juicio puede un tribunal 1 over la cuestión de falta de jurisdicción ó competencia á otro

Digitized by Google

tribunal que esté conociendo, con tal que ambos tribunales sean de la misma instancia.

Art. 106. El juez ó tribunal que pretenda la declinatoria de otro juez ó tribunal para conecer de una causa ó de un asunto, le pasará oficio manifestándole las razones en que se funda, y remitirá inmediatamente copia de dicho oficio, con lo demás conducente, al tribunal que debe decidir el conflicto ó cuestión.

Art. 107. El juez ó tribunal requerido avisará recibo dentro de veinticuatro horas, y dentro de otro lapso igual expondrá las razones ó fundamentos que tenga para creerse competente ó incompetente, y remitirá esta exposición, con lo demás conducente, al tribunal que deba decidir la cuestión.

Art. 108. Desde que el juez ó tribunal requerido reciba aviso de la cuestión que se le promueve, suspenderá todo procedimiento en el asunto principal. Lo actuado después de aquel aviso será nulo.

El infractor ó infractores de estas disposiciones pagarán los perjuicios que se les sigan á las partes, é incurrirán en una multa de quinientos á dos mil quinientos bolívares, que impondrá el superior, sin necesidad de que se interponga formalmente recurso de queja.

Art. 109. Cuando un juez ó tribunal decline la jurisdicción ó el conocimiento de un asunto, si el juez ó tribunal que haya de suplirle no encontrare fundada la declinatoria, lo manifestará así al abstenido en la segunda audiencia después de recibidos los autos, ó por el correo que salga después de aquella audiencia, expresando las razones en que se funda, y luego se procederá con arreglo á los artículos anteriores.

Art. 110. La cuestión de competencia de no conocer producirá los mismos efectos indicados en el artículo 108.

Art. 111. Las partes podrán presentar respectivamente á los jueces competidores los recaudos y datos que juzguen conducentes á demostrar las diversas pretensiones en el punto de competencia; pero en ningún caso el ejercicio de tal derecho podrá paralizar el curso del procedimiento de la incidencia entre los jueces.

Art. 112. Tanto en las controversias de conocer como en las de no conocer, luego que el superior á quien corresponda, reciba las actuaciones de los jueces, procederá á decidir la controversia, dentro de veinticuatro horas, con preferencia á todo otro negocio.

Art. 113. La determinación sobre la incidencia se pronunciará sin citación ni alegatos, ateniéndose únicamente á lo que resulte de la actuación remitida por los tribunales, excepto que falte algún dato indispensable para la decisión, pues en este caso podrá

Digitized by Google

el tribunal pedir los autos originales, suspendiendo entre tanto la decisión.

Art. 114. La determinación se comunicará de oficio á los tribunales entre quienes se ha suscitado la controversia.

Art. 115. El tribunal que haya suscitado una cuestión de falta de jurisdicción ó de competencia manifiestamente infundada, ó dado ocasión á ella, será condenado á resarcir los daños y perjuicios que haya causado y á pagar una multa que no exeda de mil quinientos bolívares.

En la misma responsabilidad incurrirá el tribunal que haya dejado de enviar oportunamente las actuaciones de la incidencia de competencia, sin perjuicio de poder ser apremiado á cumplir tal deber, con multas hasta de quinientos bolívares por el tribunal llamado á decidir la cuestión de competencia.

Art. 116. La decisión dictada en una excepción dilatoria de incompetencia de tribunal, no impedirá en ningún caso la cuestión de falta de jurisdicción ó de competencia entre los jueces, que pueda promoverse después.

Resuelta la cuestión de competencia entre los jueces no podrá oponerse por los mismos motivos la excepción de incompetencia de tribunal.

ESTUDIO 34.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Los doce articulos insertos son los mismos 47 á 57 del Código de 1873, y 47 á 58 del de 1880 en que fue agregado el 53, hoy artículo 111 con varias alteraciones.

Código de 1838. La sección de que se trata fue tomada de la *Ley III tit. 2 del Cod. de 1838*, con las reformas siguientes: El artículo 105 actual no existía. El artículo 106 era el 1º de aquella ley, y se le modificó. El 107 es refusión y modificación de los artículos 2, 3 y 4. El 108 era el artículo 5º modificado. El 109 era el 6º, pero entonces el abstenido podía aducir nuevas razones, lo cual se suprimió. El 110 no existía. El 111 es nuevo. El 112 era el 7º con alguna alteración. El 113 era el 8º mejorado. El 114 era el 9º también con alteración. El 115 era el 10 con algunas reformas. Y el 116 no existía.

Ley de Colombia de 13 de Mayo de 1825.—De esta ley, capítulo X, fue tomada la del Código de 1838. Los artículos 146 á 152 contienen en sustancia las mismas disposiciones de este último Código, sin otra alteración, fuera de redacción y ordenación, que la intervención fiscal para decidir, que exigía la ley de Colombia y la falta de disposiciones penales.

Derecho Español.—Las *Leyes 15 á 18 tit. 1º lib. 4º Nov. Recop.* y varias de los *2 y 5 de la Recop. de Indias* trataron de las competencias, pero menos para tratar esta incidencia que para indicar los jueces que habían de resolverla y para procurar evitarla. Por eso no creemos conducente insertarlas aquí.

Digitized by Google

EXPLICACIONES.

Palabras competencia é inhibición. Al leer el epígrafe ó título de esta Sección no pasará desapercibido el hecho de que la palabra *competencia* se usa aquí en sentido distinto del que hemos venido dándole, de poder ó facultad para conocer de una causa. Ahora se toma por disputa entre los Jueces acerca de la jurisdicción ó competencia. La ciencia moderna tiene admitida, según *Manresa*, para evitar la confusión é inconvenientes que se siguen de expresarse con una misma palabra conceptos diferentes, la voz *conflicto*, que sin duda es más propia; y así nuestra ley actual se separó del tecnisismo que venía de atrás, y en lugar de la palabra *competencia* usa la de *cuestión ó conflicto*, como más propia. *Reglement des Juges* llama eso el derecho francés, y *regolamento della competenza* la titula el italiano. La tendencia de los escritores y hombres de foro debe ser la pureza ó fijeza en las palabras, porque sin duda daña á la claridad y precisión de la ciencia, el empleo de vocablos cuyas acepciones distintas son ocasionadas á errores y confusiones. Bien se ha hecho en llamar indistintamente *conflicto* ó *cuestión* entre Jueces, pues no son otra cosa, esas disputas acerca de la jurisdicción ó atribuciones. Idénticas observaciones ocurren respecto de la palabra *inhibición* que usaba el legislador en varios artículos de esta misma Sección, y que luego empleaba para expresar la excusa de los funcionarios de seguir interviniendo en el asunto por concurrir en éllos alguna causal de recusación. Cosa diferente es esta, de la *declinatoria* de la jurisdicción que hace el Juez por motivo de creerse incompetente. Y así debe fijarse la ciencia en llamar *inhibición* solo á aquella excusa fundada en causas legales de sospecha de imparcialidad, y *declinatoria* á la abstención de conocer originada de la falta de jurisdicción ó atribuciones.

Entre qué Jueces puede ser la cuestión. Y ya con esto último está indicado que ese conflicto, competencia ó disputa entre Jueces puede versar ó sobre la *jurisdicción*, lo cual sucede cuando la ejercen de diferente orden, como la civil, la mercantil, la fiscal etc.; ó bien, sobre *atribuciones*, lo que tiene lugar cuando siendo de un mismo orden ó de una misma clase, recae la disputa sobre á cuál de éllos atribuye la ley la facultad de conocer del negocio, como por ejemplo, dos Jueces de 1ª Instancia, de la jurisdicción común ordinaria de un Estado. Dada la organización política nacional, y la existencia de Estados autónomos en materia de administración de justicia, puede el conflcto ser de orden más elevado, entre funcionarios de diversos Estados, ó con otros de la Unión; y según sea la disputa está atribuído el dirimirla á Cuerpos diferentes. La constitución nacional atribuye á la Corte de Casación el dirimir las competencias que se susciten entre los empleados ó funcionarios del orden judicial en los distintos Estados; y en los de uno mismo, siempre que no exista en él autoridad llamada á dirimirlas; pero los Estados, generalmente han designado su Corte ó Tribunal Supremo para dirimir el conflicto, como lo ha hecho la ley orgánica judicial del Distrito Federal. Además, la ley orgánica de la misma Corte de Casación dá á ésta la atribución de «dirimir las competencias que se susciten entre los tribunales, juzgados y funcionarios del orden judicial del Distrito Federal ó algún Estado, con tribunales, juzgados ó funcionarios del mismo orden de algún otro Estado ó del Distrito Federal; y entre los de un mismo Estado ó del Distrito Federal, sean del orden judicial, del político ó del administrativo entre sí, sean de uno de estos órdenes con otro de ellos, siempre que no exista en el Estado ó en el Distrito autoridad llamada á dirimirla. Y para que nada dejase de preveerse en esta materia, las mismas leyes orgánicas de las dos Cortes, Federal y de Casación, dieron al Cuerpo formado por la reunión de las dos, la atribución de dirimir las competencias entre una y otra Corte, ó entre los tribunales, juzgados ó funcionarios del poder judicial del Distrito Federal ó de un Estado, con funcionarios del orden político, administrativo ó del judicial de la Unión; ó entre los funcionarios del orden judicial del Distrito Federal ó de un Estado con funcionarios del orden político ó del administrativo de otro Estado ó del Distrito Federal.

Digitized by Google

Las reglas del procedimiento son generales. Las reglas de procedimiento establecidas en los artículos que vamos á estudiar, se observan en todo caso, sea cual fuere el tribunal á quien competa dirimir el conflicto.

Condiciones para la disputa. Y ocurre desde luego preguntar, cuándo es que se da esa disputa entre los Jueces? ¿Se necesita que hayan sido iniciados ya dos procedimientos ante dos distintos tribunales, en los cuales, ó la causa sea la misma, ó sea una accesoria de la otra, ó exista conexión entre los dos? Sin duda que en tales casos puede fundarse la disputa; pero también puede provocarse cuando no haya iniciada sino una sola demanda, siempre que otro Juez crea invadida su jurisdición, ó atribuciones, y deber defenderlas, bien porque algún interesado haya ocurrido á él á denunciárselo, bien porque haya llegado á su noticia de algún otro modo. Supóngase, por ejemplo, que un actor ocurre al tribunal de un lugar donde cree situada la cosa raíz, demandando con acción real, y que un Juez de territorio colindante piense que ese lugar está dentro de su jurisdicción, y no dentro de la del otro. Aquél puede promoverle la competencia á éste. La razón es que esta incidencia tiene por objeto el interés público de mantener á cada tribunal dentro de los límites legales de su jurisdicción y de sus atribuciones, para lo cual se da á cada uno de ellos ese medio de defenderlas contra las invaciones de otros funcionarios, como es de su deber. De aquí, que en tal incidencia son los Jueces los interesados principales y directos, y no los litigantes, que sólo tienen interés indirecto, y á quienes respectivamente da la ley la facultad de oponer oportunamente en el juicio correspondiente la excepción de incompetencia y aun la de litis-pendencia, si ha lugar, y únicamente la de intervenir indirectamente en el conflicto entre los Jueces, proporcionándoles informes, datos y recaudos para que puedan sostener sus respectivas pretensiones. La controvercia entre los Jueces se da, pues, haya una ó más demandas ya propuestas, siempre que el uno crea que él es ó no el competente para conocer del asunto, y el otro crea lo contrario, teniendo ambos por norte las reglas fijadas por el legislador en las Secciones precedenttes de este mismo Título sobre el fuero competente, y por fundamentos los hechos del caso concreto, de cuya verdad deben imponerse cuidadosamente; y no olvidando que la incompetencia por razón de la matería no es subsanable por la voluntad expresa ó tácita de las partes, mientras la incompetencia por razón de la persona está sujeta á la voluntad de aquéllas, expresada de modos distintos, y deben ser cautos para esperar la iniciativa de las partes en este caso último sobre todo.

Categoría de los Jueces. ¿Y puede cualquier Juez, sea cual fuere su categoría, promoverle la cuestión de competencia á cualquier otro Tribunal, sea el que fuere? Hay que distinguir: si los dos Jueces ó tribunales son de órdenes ó clases distintas, como el uno de la jurísdicción civil ordinaria, el otro de la jurisdicción de hacienda, de la militar, de la criminal, etc., ó bien de un mismo orden, pero de Estados ó Secciones distintas, bien puede el uno, sea cual fuere su categoría, provocarle la competencia al otro, aunque de posición superior; y así hemos visto un Juez de 1ª Instancia en lo Criminal promovérsela á un Jurado de Guerra: una Corte Suprema de un Estado á la Corte Federal; y bien pudiera un Juez civil de Distrito movérsela á un Juez de hacienda, y viceversa, como un Juez de Distrito ó 1ª Instancia de un Estado pudiera promoverla á otro de otro Estado. Si son de un mismo orden ó clase y de una misma Sección, como un Juez de Distrito civil, un Juez de 1ª Instancia civil, [illegible] Corte Superior ó Suprema civil del Distrito Federal ó del Estado tal; un [illegible] de Hacienda de 1ª Instancia, un Tribunal de Hacienda de alzada, la Sala [illegible] 1ª Instancia también en materia de hacienda etc., á nuestro juicio no puede [illegible] inferior promoverle competencia al Superior, ni viceversa, porque se opone [illegible] misma gerarquía, que sujeta el inferior al Superior. *Sanojo* piensa lo con[illegible]o, fundándose en que á pesar de lo extraño que eso parece, el medio de [illegible]ompetencia ha sido creado para que cada cual defienda su jurisdicción y [illegible]uciones, y en ello se interesa el orden público; pero nosotros pensamos [illegible] también es de orden público mantener la disciplina entre los funcionarios

Digitized by Google

de un mismo orden, y el respeto del inferior á sus superiores. La Ley de enjuiciamiento civil española se hizo cargo de la dificultad, y la resolvió en sentido idéntico á nuestro modo de pensar, disponiendo que el inferior cumpla las órdenes de su superior, sin perjuicio de que pueda exponerle las razones que justifiquen su competencia, y también del recurso de alzada que asiste á las partes que se crean agraviadas: con eso puede corregirse cualquier abuso.

¿En que estado y en qué instancia? ¿Y cuando puede promoverse la competencia? El artículo 105 dice que en cualquier estado del juicio. Pero ha de entenderse, que la competencia disputada sea para una misma instancia, pues si el Juez que la provoca se cree competente para conocer en primera, no puede disputarla al Juez que esté conociendo en segunda ó tercera, ni el que se juzgue competente para la segunda puede provocarla al de 1ª ó 3ª, ni el que se tenga por competente para tercera puede promoverla al que conozca en primera ó segunda. La razón es obvia: la ley reglamenta la sustanciación en cada instancia, y si se sancionaran esos cambios de instancias, se produciría un trastorno completo en el órden de proceder establecido por la ley, que es garantía de las partes y norte y aun salvaguardia de los mismos tribunales. La disposición del artículo 105 se entiende, pues, tal como está escrita, esto es, ya esté el juicio en estado de citación, de contestación, de pruebas, de vista, entre el período de la presentación de la demanda y de la sentencia definitiva, en 1ª instancia, ó desde que entra al tribunal de segunda ó tercera instancia hasta sentencia.

Conflictos positivos y negativos. De lo que arriba expusimos se colige que el conflicto entre los Jueces, puede ser *positivo* ó *negativo*, ó en otros términos, de conocer ó de no conocer. Tiene lugar el primero cuando los dos Jueces se creen competentes para conocer del asunto; y el segundo cuando ambos sostienen que no les corresponde el conocimiento, y se declaran incompetentes.

Proceder del promovente. El artículo 106 entra á reglar el modo de proceder y establece que el Juez ó Tribunal que pretenda la inhibición de otro Juez ó Tribunal para conocer de una causa ó de un asunto, le pase oficio manifestándole las razones en que se funde, y remita inmediatamente copia de ese oficio con lo demás conducente, al tribunal que deba decidir la cuestión. Así se inicia, pues, el conflicto, en el caso de ser positivo ó de conocer. Por supuesto, que para decidirse á la controversia, el Juez ó Tribunal debe estar bien informado de cuál es el asunto de que el otro Juez está conociendo y cuales las razones legales que le hacen incompetente, y reunir todos los datos y recaudos que han de justificar su pretensión. Lo ordinario es que la parte á quien interese, ó exite al Juez por escrito, ó le dé informes verbales, sobre el asunto, y le proporcione copia auténtica de la demanda propuesta ante el otro tribunal y las demás comprobaciones del caso. Raro será que el Juez por su exclusivo impulso se resuelva á provocar el conflicto, sin esos informes y documentos del interesado, á menos que se trate de una violación de jurisdicción ó facultades que se haya hecho pública y notoria, y lo fuercen á la defensa. La práctica que hemos visto, y que juzgamos acertada, es que el Juez reuna los datos y comprobaciones indicados, y que apoyado en éllos, extienda un decreto razonado, resolviendo provocar la competencia; decreto que queda original en su archivo, bien en el expediente en que esté actuando, si lo hay, ó bien por separado, si no lo hay. Luego, pasa su oficio requiriendo al otro Juez ó Tribunal, en que inserta aquel decreto, y remite copia del oficio, acompañando la documentación, al tribunal á quien toque dirimir la controversia. Nótese que la disposición no obliga al requirente á aguardar á que el requerido le acuse recibo.

Proceder del requerido. El artículo 107 dice ahora lo que le toca hacer al requerido, que es, acusar recibo al requirente, dentro de veinte y cuatro horas, y exponer dentro de otras veinte y cuatro horas, las razones ó fundamentos que obren en su ánimo para creerse competente ó incompetente; y luego remitir esta exposición, con lo demás conducente, es decir, con los documentos ó copias

Digitized by Google

que apoyen su parecer, al tribunal llamado á dirimir el conflicto. Es la costumbre, extender el requerido un decreto en el expediente en que está conociendo, en el cual, en vista del requerimiento y de sus fundamentos, y con los razonamientos que le ocurran, resuelve, ó sostener su competencia, ó ceder y declararse incompetente. Copia de ese decreto se envía, junto con la documentación reunida, al tribunal llamado á decidir. Obsérvese que tampoco obliga la disposición al requerido á enviar copia de su exposición al requirente, ni aguardar á que éste le conteste. El legislador quiere que no se pierda tiempo inútilmente, pues, convenga ó no convenga el Juez requerido, ordena que se envíen las dos actuaciones de la controversia, formadas respectivamente por los dos jueces, al llamado á decidirla, para que en efecto la decida. Antes, la competencia ó conflicto se daba por terminado cuando el requerido cedía, reconociendo su incompetencia: ahora quiere el legislador que en todo caso falle el superior llamado á ello: y eso porque así se aleja la posibilidad de debilidades, manejos y acuerdos indebidos, por error ó por malicia, ó por evitarse trabajos y responsabilidades, que pueden dar lugar más tarde á la nulidad ó casación del juicio principal.

Suspensión del procedimiento principal. El artículo 108 manda que desde que el Juez requerido reciba el aviso de la competencia ó conflicto, suspenda todo procedimiento en el asunto principal, pena de nulidad de todo lo obrado después. Debe, pues, hacerlo, y dar órden de suspensión de cualquier comisión que hubiere librado. Natural es esa medida de la ley, puesto que está en disputa el derecho de conocer en ese negocio. ¿Y qué diremos del caso en que el Juez requirente esté conociendo de un asunto principal, y la competencia que promueva se funde en que el requerido está conociendo de causa idéntica acumulable á aquél, ó de un punto que es accesorio del principal ó que tenga con este conexión? Claro es que el requerido debe suspender todo procedimiento desde que se le disputa la competencia: pero el requirente no tiene porque suspender el suyo, puesto que su competencia no está discutida. Ninguna dificultad puede surjir del hecho de que, declarando incompetente el Superior, al requerido, tenga que acumularse la demanda de que conocía, al expediente principal de que conoce el requirente; porque esa demanda acumulada tendrá que sustanciarse hasta que esté en estado de vista, para resolverla junto con la principal.

Consecuencias de la no suspensión. Tan importante considera la ley la suspensión en el caso dicho, que obliga al infractor á pagar los perjuicios que se sigan á las partes, y lo declara incurso en una multa de 500 á 2.500 bolívares, que impondrá el Superior sin necesidad de que se intente formal recurso de queja. Es de observar respecto de las tres disposiciones, nulidad de lo actuado después del aviso: obligación de pagar los perjuicios el contraventor; y pena de multa, que la disposición solo atribuye al superior el imponer esta, sin decir nada en cuanto á quien hace la declaratoria de nulidad, ni quien declara la obligación de los perjuicios; pero como estas dos últimas declaraciones son consecuencia de la infracción, es lógico y jurídico que el mismo Juez Superior declare la infracción, y consiguientemente la nulidad y la indemnización de perjuicios, é imponga la multa.

Pero ¿quien es ese Superior? ¿Es el Tribunal de la competencia? ¿Es el superior gerárquico del infractor? Para nosotros es, el llamado á dirimir la competencia; por que él es el verdaderamente superior en la materia del conflicto: porque esos puntos son accesorios en esa incidencia, y es natural atribuirlos al que resuelve la competencia misma, que es lo principal; y porque el espíritu de la ley parece ser que todo eso se haga inmediatamente y solo con vista del expediente que debe acusar la infracción, y los actos que la constituyan y originen los perjuicios. Otra interpretación no correspondería á ese espíritu, como se palpará con un ejemplo. Supóngase que el Juez de 1ª instancia en lo civil del Distrito, en Caracas, promueve competencia á un Juez de 1ª instancia civil del Estado Miranda, residente en Petare: que éste continúa actuando después

Digitized by Google

del aviso; y que la competencia es dirimida en favor del Juez de Caracas. El Tribunal de la competencia es la Corte de Casación: el superior gerárquico del Juez de Caracas es la Corte Superior del Distrito, y el del Juez de Petare la Corte Superior del Estado, residente en esa ciudad. Si no se gestiona ante la Corte de Casación, que tiene la facultad de pedir el expediente principal para resolverlo todo, ese expediente vá á poder del Juez de Caracas; y habría que arrancarlo de su curso legal para llevarlo á la Corte de Caracas que no es superior gerárquico del Juez de Petare, infractor; ó hacer una cosa peor, sacarlo del resorte de los tribunales declarados competentes para llevarlo á la Corte Superior de Petare, superior gerárquico del Juez de allí, que pertenece á otro orden de tribunales, para que ella imponga las responsabilidades y pena; lo cual es un absurdo manifiesto.

Dificultades que pueden surgir. Al resolverse la competencia y seguir su curso la causa principal, ocurren á veces dificultades, según el procedimiento que traía y el que haya de dársele. Si es uno mismo como el mercantil, ó el del juicio civil ordinario, continuará desde el punto que tenía cuando fue suspendido. Pero si hay que pasar del civil ordinario al mercantil, ó viceversa, ó á otro diferente, como el de hacienda, ó viceversa, hay que observar si lo hecho hasta entonces se concilía, sin menoscabo de los derechos y garantías de las partes, con el procedimiento que debe observar el Juez declarado competente, ó si se echa de menos algo sustancial que no deba ser omitido, á fin de reponer la causa al estado en que se llene eso sustancial que falte. Bien entendido, que la reposición no es justificada sino cuando es indispensable, cuando en lo hecho ya estén de menos formalidades esenciales, ó mayores solemnidades que las que se observaron, ó mayor amplitud de defensa que la que se dió, Por ejemplo: en virtud de una competencia entre Jueces de igual grado (de la Instancia ó de Distrito), hay que pasar de lo civil á lo mercantil: se suspendió la causa en estado de citación: continúa su curso, sin más que mandarla practicar, con nuevo decreto del nuevo Juez; y si está ya hecha, fijar nuevo día para la contestación, y notificarlo por boleta á las partes. Se suspendió antes de la contestación, y ha de oírle el Tribunal pleno, por ser la demanda entre socios: en el mismo auto, fijando el día, se mandan citar los Conjueces. Se suspendió en el curso de la prueba y debió ser oída la contestación por el Tribunal pleno: se repone á estado de contestación: se fija día y se notifica á las partes; y se cita á los Conjueces. No debía oír la contestación el Tribunal pleno: no hay por que reponer, y se manda seguir el curso de la prueba, á menos que alguna de las partes manifieste tener que promover prueba testimonial que no le podía ser admitida en el procedimiento civil: entonces se repondrá la causa al estado de promoción, con notificación á las partes; y así quedará encarrilado el curso mercantil de la causa. Va á pasarse, por el contrario, del procedimiento mercantil al civil: se suspendió antes de hacer la citación: pues se manda hacer con copia del libelo y con auto del nuevo Juez, fijando el término ordinario de diez días, aunque antes se hubiera acordado á breve término. Se había hecho ya la citación: pues se fija nuevo término como queda dicho, notificando sólo por boleta. No se habían promovido pruebas: basta fijar el día en que deba seguir el curso del asunto. Se habían promovido y estaban evacuándose: también se determina el día de la continuación, y aunque se promoviere disputa sobre la inadmisibilidad de alguna prueba que no se hubiere evacuado ó estuviere evacuándose, se resolverá el punto sin necesidad de reposición; y si toda estaba evacuada ya, se dejará para resolver el punto en la sentencia definitiva. Por lo demás no podrá haber dificultad. Puesto que la ley dice que todo lo hecho *después* del aviso de la competencia es nulo, debe utilizarse todo lo hecho *antes*, en tanto que no haya de menos una solemnidad ó formalidad sustancial, un derecho que debía tener la parte; pues en tales casos hay necesidad de reponer, y aun puede haberla de recomenzar, como en el caso de pasarse de un juicio verbal á un juicio ordinario, en que hay que empezar por presentar un libelo, en vez de la demanda verbal.

Digitized by Google

Hemos creído deber entrar en las explicaciones precedentes, porque conocemos un caso práctico en que por virtud de la declaratoria de una Corte, de ser materia mercantil la de una causa que venía cursando como meramente civil; para pasar de este procedimiento al otro se pretendió; ya que debía comenzarse por hacer una reforma en el libelo, cambiándole la dirección del Tribunal; ya que debía desistirse de la acción civil para emprender de nuevo la misma, llamándola mercantil. Todo eso era absurdo é innecesario; puesto que lo único que había de variarse era el procedimiento, lo cual podía hacerse sin tales imposiciones y gravámenes ilegales.

Cuestión de no conocer. El artículo 109 se ocupa en la competencia negativa ó de no conocer, y dispone que cuando un Juez ó Tribunal decline el conocimiento por creerse incompetente; si el Juez ó Tribunal que haya de sustituirle, *no encontrare* fundada la declinatoria, lo manifestará así al inhibido en la segunda audiencia después de recibidos los autos, ó por el correo que salga después de aquella audiencia, expresando las razones en que se funde; y luego se proceda con arreglo á los artículos anteriores. Ejecutan los Jueces esta disposición, extendiendo el que se cree incompetente un decreto ó una exposición en que declara su incompetencia, en virtud de los motivos que expresa, y manda pasar los autos al Juez que ha de sustituirle: de ese decreto deja copia y á ella acompaña la documentación que forma en apoyo de su proceder. El otro Juez al recibir el expediente, si no encuentra fundada la declinatoria, extiende otro auto ó exposición en que lo hace constar así, expresando sus razones; y pasa oficio al abstenido, insertando aquella exposición, en la segunda audiencia después de recibidos los autos, ó por el primer correo después de aquella audiencia; y forma su expediente de competencia con copia de dicha exposición y agregación de los documentos en que se apoya. Este expediente de la competencia lo envía inmediatamente al que deba dirimirla; y el Juez inhibido envía el suyo, al recibir la manifestación del otro Juez.

Cuestión. Una cuestión surge de este artículo, que sólo prevee el caso de que el Juez á quien se pasan los autos no encuentre fundada la declinatoria del otro Juez; ¿y qué se hará si la encuentra fundada? retendrá el expediente y entrará á conocer? ó se seguirá siempre el curso de la competencia? A nuestro juicio, debe seguirse este último camino; pues estando claro el propósito del legislador de no atenerse al parecer de los dos Jueces en el caso de la competencia de conocer, queriendo que siempre la decida el Superior, aun no habiendo dicidencia en el juicio de aquéllos; y militando las mismas razones de interés público en el caso de la competencia de no conocer, pues que puede haber una incompetencia *ratione materiæ*, que anule después el juicio, y aun interesarse la jurisdicción nacional ó la de un país extranjero, debe aplicarse la misma disposición en ese silencio del artículo.

Obsérvese que el artículo 110 ordena que en la competencia de no conocer se apliquen las mismas disposiciones del artículo 108, según el cual se ha de suspender el juicio principal, bajo pena de nulidad, é incurren los contraventores en las responsabilidades y multas allí declaradas; igualándose en tales efectos la competencia negativa á la positiva.

Consagra expresamente el artículo 111, el derecho de las partes de presentar respectivamente á los jueces competidores los recaudos y datos que juzguen conducentes à apoyar las diversas pretensiones en el conflicto. Antes s[illegible]leraba esa ingerencia, como necesaria. Y natural es lo ahora dispuesto, [illegible]e son las partes las más llamadas á llevar á conocimiento de los Jueces [illegible] hechos de que puedan derivarse su competencia ó incompetencia, que de [illegible] modo probablemente ignorarían, y de suministrarles los documentos y [illegible]bas en que apoyan sus respectivas pretensiones. A ellos les toca apre[illegible] los informes, datos y documentos suministrados, y resolver si deben ó provocar ó sostener la controversia. Y si bien es cierto que la cuestión [illegible]lo entre los Jueces, no puede desconocerse el interés de las partes, que [illegible] llegar á perjudicarse, ni privárseles de esa ingerencia indirecta, como

Digitized by Google

amplitud de su derecho de defensa, y como medio de contribuir á esclarecer la discusión y ayudar á triunfar lo que sea legal. El legislador toma la precaución de declarar que el ejercicio de ese derecho de las partes no puede paralizar en ningún caso el curso del procedimiento de competencia, á fin de impedir el abuso de que, so pretexto de suministrar los datos y recaudos, se busquen dilaciones indebidas, ó se promuevan diligencias largas y embarazosas.

Procedimiento del Tribunal de la competencia. En los artículos 112, 113 y 114 reglamenta el legislador el modo de proceder del Tribunal llamado á conocer del conflicto entre los Jueces. En el primero de aquellos ordena que dentro de veinticuatro horas después de recibidas las actuaciones de los Jueces competidores, proceda el Tribunal á determinar la competencia, con preferencia á todo otro negocio. Necesítase, pues, que hayan llegado las dos actuaciones, lo cual es natural, para conocer las razones y pruebas de uno y otro Juez. Y dentro de aquellas veinticuatro horas está obligado el Tribunal á entrar á estudiar y considerar el asunto, para dar decisión dentro del término que le concede la ley para pronunciar sus fallos: no es que dentro de aquel breve lapso deba pronunciar su sentencia, pues no es posible semejante precipitación. La ley solo quiere que se ocupe en el asunto dentro de aquellas horas y siga ocupándose en las audiencias siguientes hasta dejarlo resuelto, con toda preferencia; pues paralizado el pleito principal, los intereses de las partes exigen que no se pierda tiempo y se proceda con actividad, en bien de la misma administración de justicia.

Según el artículo 113, el Tribunal del conflicto no debe hacer ninguna citación ni oir informes ó alegatos, ateniéndose solo á lo que resulte de las actuaciones de los Jueces. En la incidencia, son éstos los interesados inmediatos, y ya han expuesto lo que han juzgado conveniente; las partes del juicio principal solo tienen interés indirecto, el cual les permite racionalmente activar el despacho y celar por el cumplimiento de la ley, que es la salvaguardia de todos los derechos, sin pretender que se las oiga directamente ni entorpecer al Tribunal con solicitudes ú otras gestiones. Solo permite el artículo al Juez de la competencia pedir los autos originales, cuando faltare algún dato indispensable para su decisión.

¿Si ambos Jueces son incompetentes? Con una dificultad puede tropezar el Juez de la competencia, si encuentra que ambos Jueces son incompetentes. ¿Está necesariamente obligado á dirimirla en favor de alguno de los dos, ó puede declarar que no la tiene el poder judicial de la República, por corresponder al de una nación extranjera, ó bien que el competente es un tercer Juez del país, que no es parte en el conflicto? Creemos que el Juez de la competencia no está en la alternativa forzosa de decidirla en favor de uno de los competidores: que puede declarar que no es de ninguno de los dos; y aún, que el asunto es de la jurisdicción extranjera. Verdad es que el oficio de los Jueces es mercenario en materia civil, y deben limitarse á conocer y decidir de las respectivas gestiones; pero eso se entiende de las partes mismas, en el asunto que litigan, en que cada cual sostiene sus derechos é intereses. Mientras que aquí se trata de una cuestión en que ellas no son interesadas directas, en que las gestiones son de oficio, y entre los Jueces, y en que el propósito del legislador no es el interés inmediato de los litigantes, sino el interés de la ley, interés de orden público, para mantener á cada Tribunal dentro de la órbita de su jurisdicción y de sus atribuciones. Tal propósito no quedaría cumplido atribuyéndole competencia á quien no la tiene, y antes bien quedaría contrariado, con daño del orden judicial y de los mismos litigantes. ¿No sería más grave que el Tribunal Superior, á quien se encomienda semejante misión, atribuyese á la jurisdicción nacional lo que es de la de otro país, ó arrebatase á la Corte Federal, ú otro cuerpo elevado, una competencia que le da la ley, para reconocérsela á otro inferior? ¿Y cómo poner en tortura la conciencia del Tribunal sentenciador, encerrándolo

Digitized by Google

en una disyuntiva forzosa que sus convicciones rechazan, en un asunto de orden público interior?

Comunicación del fallo á los competidores. Ordena el artículo 114 que la decisión del conflicto se comunique á los Jueces competidores. Natural es eso para que se atengan á lo decidido; y se practica enviando á cada uno copia del fallo. Se suprimió la declaratoria de no quedar otro recurso que el de queja, por innecesaria, ya que el Tribunal que decide es de los Superiores, casi siempre sin otro superior á él, ante quien apelar; que el asunto es urgente de suyo; y que en último extremo podrá someterse oportunamente la causa al Tribunal de casación para remediar cualquiera ilegalidad, si á ello ha lugar. Y ya que no hay apelación, evidente nos parece que el Juez perdidoso no puede volver á promover la competencia, por los mismos fundamentos, aunque alegue mejores recaudos; porque eso equivaldría á un recurso de revisión; y porque eso eternizaría los pleitos, volviendo á discutir lo ya resuelto. Ahora, si causas legales supervenientes autorisan la nueva controversia, como en el caso de haberse dado una nueva ley orgánica de tribunales que alterase la jurisdicción ó las atribuciones, sería una cuestión distinta, que requeriría resolución.

Cuestión de competencia manifiestamente infundada. El artículo 115 preceptúa, por una parte, que el Juez que ha suscitado una competencia *manifiestamente* infundada, ó dado ocasión á ella, sea condenado á resarcir los daños y perjuicios que haya causado, y á pagar una multa que no exceda de 1.500 bolívares; y por otra, que en la misma responsabilidad incurre el Tribunal que haya dejado de enviar oportunamente sus actuaciones de la competencia, sin perjuicio de poder ser apremiado á cumplir tal deber, por el *Tribunal Superior*, con multa hasta de 500 bolívares. Considera la ley como falta grave en el Juez, el suscitar una competencia manifiestamente infundada, ó dar ocasión á ella; pero entiéndase bien, *manifiestamente* infundada. De suerte que el Juez no puede temer el defender su jurisdicción y atribuciones, cuando lo hace de buena fe, apoyado en razones conformes con un criterio sano y recto y con pruebas ó datos verdaderos, ó á lo menos, perfectamente verosímiles. El espíritu de la ley es impedir cuestiones meramente caprichosas, parciales, acaso impulsadas por litigantes extraviados ó desatentados, que quieran tomar á los Jueces como instrumentos de sus temeridades y apasionamientos. Y esa misma severidad de la ley, obliga á los Jueces á ser circunspectos, acuciosos y enérgicos, para obrar con prudencia y acierto, estudiar bien las razones y recaudos que han de emplear, y no prestarse á condescendencias y debilidades indebidas. Lanzarse imprudentemente y con manifiesto descuido ó temeridad, en cuestiones de ese género, es burlar la ley que descansa en la confianza de que los Jueces sostendrán el orden público, manteniéndose estrictamente en los límites de su jurisdicción y atribuciones, es crear obstáculos á la pronta y recta administración de justicia que les está encomendada, es causar perjuicios á los litigantes y hacer más pesada la carga de otros Tribunales. Por eso la Ley, al mismo tiempo que obliga á resarcir los daños y perjuicios causados, con ese proceder manifiestamente injusto, sujeta al Juez que así obra á una multa que puede llegar á 1.500 bolívares. Y en caso idéntico, á quien suscita la tal competencia, coloca la ley al que dá ocasión á ella, como el que declinó su competencia sin ningún motivo ó con pretextos manifiestamente inadmisibles, ó el que resolvió una excepción de incompetencia que se le opuso, con tan palmaria injusticia, que obligó al otro Juez á promoverle ó sostenerle la cuestión.

Apremios á los Jueces. Al Juez que deja de enviar oportunamente sus respectivas actuaciones, puede apremiarle el Superior con multas hasta de 500 bolívares, sin perjuicio del resarcimiento de los daños y perjuicios causados, en que también incurre.

¿Quién impone las penas? Opina *Sanojo* que para imponer tales condenaciones en ambos casos, se necesita queja formal contra el infractor. No

Digitized by Google

pensamos nosotros así. Sólo el Juez de la competencia puede decidir, con vista de los expedientes, si aquélla ha sido manifiestamente infundada ó nó; y él mismo, que conoce de ese puuto principal, es el llamado á conocer de las responsabilidades y penas, que son aquí accesorias. ¿No es ese Superior quien usa de los apremios para obligar á enviar las actuaciones, según el texto mismo del artículo? ¿No es él á quien atribuye el artículo 108 el condenar á pagar los perjuicios ocasionados á las partes y una multa, al Juez que sigue actuando en el expediente principal, después del aviso de la competencia; y eso según las palabras del artículo, sin necesidad del recurso de queja? ¿Por qué ahora esa diferencia? Ese Juez Superior juzga del retardo en enviar las actuaciones, y de las circunstancias que pudieran ocasionarlo, como necesidad de largas copias, dificultades ó interrupción de las comunicaciones por fuerza mayor que haya ocurrido; y usa ó nó, prudencialmente, de los apremios, según los casos. Tiene en los expedientes de la competencia, y en el principal, si necesita pedirlo, los datos todos para juzgar de la conducta de los Jueces, y de los mismos daños y perjuicios que con ella hayan causado. Y puede en todo caso, si no le es dado fijar su cuantía, mandarla estimar por expertos, determinando los elementos de la experticia. ¿Por qué la anomalía de que ese Superior sea quien decida sobre la causa originaria de tales condenatorias, pese su mayor ó menor gravedad, y las circunstancias todas; y luego sea preciso formar otro expediente, ocurrir á otro Tribunal, quizás de grado inferior, para que revea lo decidido y saque las consecuencias, empleando dos criterios distintos, que pudieran llegar á ser enteramente contrarios? ¿Cuándo se ha visto que un Juez declare la falta y su gravedad ó no gravedad, y otro Juez imponga las penas? En nuestro concepto, pues, basta que, á semejanza del juicio criminal en que el perjudicado puede hacerse parte civil, el litigante dañado pida la declaratoria de la responsabilidad por los daños y perjuicios, que en realidad son los costos y costas en la contienda, que siempre harán los litigantes y no los Jueces, los cuales no tienen el deber de suplir papel sellado, estampillas, derechos curiales, porte de correos, etc.

La excepción dilatoria no impide la cuestión entre Jueces. El artículo 116, finalmente, declara que la decisión dictada en una excepción dilatoria de incompetencia de Tribunal no impide en ningún caso la competencia que pueda intentarse después.

Aquella excepción dilatoria y esta controversia entre Jueces, son armas ó remedios distintos, aunqne tendentes á un mismo fin, que dá la ley, respectivamente á las partes, y á los Jueces; á aquéllos para no dejarse juzgar por un Juez incompetente, á éstos para defender su jurisdicción y atribuciones. Pero debemos examinar el orden en que pueden emplearse tales medios; ó si es indiferente la anterioridad del uno respecto del otro. Parece que la ley con las palabras *que pueda intentarse después*, refiriéndose á la competencia, quiere significar que la excepción debe oponerse antes. Eso es lo natural y lo prudente, que busque la parte el camino más breve y sencillo, de oponer primero la excepción, á ver si el Juez mismo reconoce su incompetencia en fuerza de las pruebas y razones que se hagan valer; y que se deja el otro medio, que es más largo y más embarazoso, por si el Juez sostuviere su competencia. Al otro Juez que pueda competir, le conviene más que así se haga, para instruirse mejor y fijar mejor sus ideas. En este camino no puede haber tropiezo: sea cual fuere la resolución del Juez ante quien se opone la excepción, la parte perdidosa puede presentar el caso con toda la documentación, al Juez cuya competencia ha sostenido, y excitarlo á provocar la cuestión al que sentenció. La parte que venció en la excepción, claro es que no podrá hacer otra cosa que apoyar al Juez que sentenció en su favor.

Casos que pueden ocurrir. Pero como hay que contar con que el conflicto entre Jueces está en las manos de éstos y no en las de las partes, examinemos los diversos casos que pueden ocurrir.

Antes de llegar el momento de oponer la excepción dilatoria, ó bien

Digitized by Google

opuesta oportunamente pero antes de ser decidida, provoca el otro Juez la competencia. Se suspende el curso del asunto en el estado que está: se preparan las actuaciones del conflicto entre los Jueces y se envían al Superior: sentencia éste en favor del Juez que estaba conociendo. ¿Puede la parte perdidosa al continuar su curso el expediente principal insistir en su excepción para que se decida, no obstante el fallo del Superior, ú oponerla, si antes no la había opuesto? Creemos que nó: el punto está ya decidido, y la decisión debe ser obedecida por los Jueces y por las partes, y así lo resuelve el aparte del artículo 116. Sólo en el caso de que se alegasen nuevos fundamentos, distintos de los que se interesaron en la competencia resuelta, pudiera admitirse la excepción dilatoria. Sería contrario á todo principio que el Juez inferior tuviese el derecho de reveer y hasta de contrariar lo resuelto por un Superior legal, contra cuya decisión la ley misma declara no haber recurso, y en una materia en que el legislador no atiende ni al acuerdo de opiniones de los dos Jueces. ¿Si la excepción hubiese sido resuelta ya, cuando se promovió el conflicto entre los Jueces, ligaría al Juez de la competencia el fallo librado en aquella excepción? Claro es que nó; pues eso mismo prueba el predominio de la decisión del Superior.

Doctrina de Sanojo. *Sanojo*, enseñaba sin embargo lo siguiente: «148. Del mismo modo la decisión de la competencia no impide que la parte demandada oponga la excepción de incompetencia del mismo Tribunal que ha ganado la competencia, si la causa se halla en estado de poderse oponer. La parte puede promover pruebas que hagan que el Juez varíe de opinión y decida una cosa contraria á la que sostuvo en la competencia.»—Vamos á hacer palpar con un ejemplo de competencia negativa las gravísimas complicaciones y las consecuencias perjudiciales, de tal sistema, aun no existiendo el aparte del artículo 116, que lo condena. Demanda el actor ante el Juez de 1ª instancia de Caracas, á un vecino de Ciudad de Cura, que se encuentra en esta Capital, donde se celebró el contrato. Aquel Juez, antes de la contestación, declina la jurisdicción, alegando que según su criterio, el contrato ha designado como domicilio especial para el asunto, al Tribunal de Ciudad de Cura, donde ha de ejecutarse además el contrato; y envía el expediente á este Tribunal. A su vez éste, interpreta el contrato de otro modo, y fundándose en que su celebración fué en Caracas, donde citaron al demandado, se declara incompetente, devuelve el expediente, y formando sus actuaciones de competencia las pasa á la Corte de Casación. El Juez de Caracas prepara las suyas y las eleva á esa Corte, la cual decide la competencia en favor del Juez de Caracas. Al continuar su curso el expediente, y siguiendo la doctrina que combatimos, el reo opone la excepción de incompetencia, sosteniendo corresponder el conocimiento al Juez de Ciudad de Cura. El Juez de Caracas, insistiendo en su primera opinión y no haciendo caso del fallo de la competencia, decide declarándose incompetente; y envía los autos al Juez de Ciudad de Cura. Este también insiste en su primera opinión, é invocando la sentencia de la Corte de Casación, se vuelve á declarar incompetente. ¿Qué se hace? Ninguno de los dos Jueces, se cree competente y se presta á conocer. ¿Se repite la competencia? Vergonzoso sería atribuir á la ciencia tal solución. ¿Se consuma tan escandalosa denegación de justicia por no haber Juez que conozca? A más de vergonzoso, sería punible esa abdicación del Poder judicial, y ese sacrificio de una de las más importantes garantías del ciudadano.

En vano se alegará que en nuestra opinión se contrarían las reglas de la cosa juzgada, desde que se establece que las dos incidencias, conflicto entre Jueces, y dilatoria de incompetencia, son distintas, por ser las partes en la primera los mismos Jueces, y en ésta, los mismos litigantes, y distintos sus móviles inmediatos. Esas premisas son solo hijas de la propiedad jurídica de la forma; pero en la realidad, en el fondo, hay que reconocer que detrás de la persona de los Jueces aparece dominando la figura de las partes que son las que en verdad se ven en el pleito, y tras del interés de los Jueces el interés de los litigantes, patrocinado por otro superior, el de orden público, que obliga al legisla-

Digitized by Google

dor á proclamar como principio cardinal en la materia, que la justicia no se atiene al parecer, aun enteramente conforme de los dos Jueces competidores, y exije que un superior designado por la ley sea quien establezca el tribunal que deba conocer del negocio. Y siendo, como es, tan parecer del Juez el que emite al provocar ó sostener la competencia, como el que expresa al decidir la excepción dilatoria, por fuerza hay que concluir reconociendo la supremacía del fallo del tribunal que dirime la competencia sobre ambos pareceres del inferior, Si se quiere, no se diga que hay cosa juzgada, sino supremacía dada por el legislador á un fallo sobre el otro.

No creemos que se necesiten explicaciones especiales para el caso en que el conflicto de competencia entre los Jueces, nazca de la existencia de dos juicios en diversos tribunales, que dá lugar á la litis-pendencia, según hemos visto. Todas las disposiciones examinadas pueden aplicarse sin tropiezo, teniendo presente, que en lugar de un expediente principal habrá dos: que la prevención por la citación es un elemento que no debe olvidarse: que la acumulación, á veces no puede decretarse de oficio, aun caso de ser en realidad, idénticas las causas ó accesoria una de otra, ó conexas; y que la excepción dilatoria de litis-pendencia viene á tener efectos de declinatoria.

Por lo demás en esta materia queda como recurso final el de casación contra las ilegalidades, sobre todo cuando hubiere incompetencia *ratione materiæ*.

TITULO IV.

DE LA RECUSACION DE LOS JUECES Y OTROS FUNCIONARIOS

Art. 117. Los funcionarios judiciales, sean ordinarios, accidentales ó especiales, pueden ser recusados por algunas de las causas siguientes:

1ª Por parentezco de consanguinidad de alguna de las partes en cualquier grado en la línea recta, y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, ó por afinidad hasta el segundo, también inclusive.

2ª Por parentezco de afinidad de la mujer del recusado con cualquiera de las partes dentro del segundo grado, si vive la mujer y no está divorciada, ó si habiendo muerto ó declarádose el divorcio, existen hijos de ella con el recusado.

3ª Por parentezco de afinidad del recusado con el cónyuge de cualquiera de las partes hasta el segundo grado inclusive, caso de vivir la mujer sin estar divorciada, ó caso de haber hijos de la misma con la parte, aunque haya muerto ó se halle divorciada.

Digitized by Google

ESTUDIO 35.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—El artículo y los tres números copiados son idénticos, en el artículo 58 del Código de 1873 y en el 59 de 1880.

Código de 1838. El artículo que estudiamos es en sustancia el mismo 1°. ley II, tít. II de este Código, pero con redacción más concisa: los tres números copiados son tomados de los dos números primeros, mejorándolos con mayor precisión, y el 3°. es agregado.

Ley de Colombia de 1825.—Los dos primeros números del Código de 1838 fueron temados del Capítulo IX, artículo 118 de esta ley.

DERECHO ESPAÑOL.—*L. 22, tít. 4°. Part. 3ª* «Sospecha nace á las vegadas en el corazón del demandado, contra el Juez ante quien le quieren fazer demanda. E porque es mucho peligrosa coza de aver ome su pleyto delante del judgador sospechoso; por ende tovieron por bien los sabios antiguos que si el Juez de quien sospechan es delegado, quel pueden desechar ante que el pleito sea comenzado por demanda é por respuesta.»

L. 9, tít. 4°. Part. 3ª «Otro sí dezimos, que si el padre ó el fijo del juez ordinario, ó algún otro de su compaña oviesse á tal derecho con alguna cosa, que se le podría perder por tiempo, si non la demandasse en aquella sazón, que por tal razón como esta, bien puede mover demanda antel, por guardar que non pierda el derecho que avía sobre ella. Mas después que tal pleyto como este fuere comenzado por demanda e por respuesta antel, non deve ir más adelante por él, nin dar juiyzio sobre aquella cosa, ante lo deve encomendar á otro que sea sin sospecha que lo oyga é libre según derecho.»

Ley 1ª tít. 2°. lib. II. Nov. Recop. «Recusaciones ponen los demandados algunas veces contra los jueces maliciosamente, por no responder á las demandas que les son puestas: por ende ordenamos y mandamos que si alguna de las partes alegare que ha por sospechoso al Alcalde, y lo jurare, que en los pleytos civiles tome el juez consigo por compañero á un hombre bueno para que libren el pleyto ambos á dos de consuno.

L. 1, tít. II, lib. 5. Recop. de Ind. «Porque muchos maliciosamente y sin justa causa se atreven á recusar á nuestros Presidentes y oidores, Alcaldes del crimen ó á alguno ó algunos de ellos, alegando causas de recusaciones que no son verdaderas, de que se sigue gran impedimento en la prosecusión y determinación de los pleitos y redunda en injuria de los jueces que son injustamente recusados, ordenamos y mandamos que acerca de esto se guarden las ordenanzas de Madrid hechas el año de 1502 . . . . . .»

DERECHO ROMANO.—«In contentiosa jurisdictione: qui jurisdictioni præest, neque sibi jus dicere debet, neque uxori, vel liberis suis, neque libertis, vel cæteris quoe secum habet. *L. 16. Ulp. lib. 3, ad. ed.*»

Texto que dice: que quien ejerce la jurisdicción contenciosa no debe juzgar ni en causa propia, ni en la de su mujer, ni de sus hijos, libertos ó cualesquiera otros que tuviere consigo.

EXPLICACIONES.

Idea de las recusaciones. Así como la excepción de incompetencia y la contienda de competencia entre los funcionarios, son remedios legales contra la incompetencia de jurisdicción ó de facultades para conocer de los negocios, así la recusación es el medio jurídico de ampararse los litigantes contra la parcialidad de los jueces y funcionarios. Aquellas incidencias se dirigen al tribunal,

Digitized by Google

al ser moral, abstracción hecha de la persona que lo desempeña, mientras que la recusación se refiere sólo á la persona, porque en élla concurre alguna de las causas que el legislador ha juzgado suficientes para sospechar de la imparcialidad indispensable para poder esperar la más recta y desapacionada aplicación del derecho. Ya en la Constitución Nacional se exige para la elegibilidad el sexo varón y mayor de veintiun años, y en las leyes orgánicas el legislador requiero en los funcionarios otras condiciones de edad y aptitudes, como ser ciudadano en ejercicio de sus derechos, ser abogado para ciertos puestos, etc., buscandasí elementos de ciencia y de prudencia para la delicada misión de la judicatura. Pero eso no basta cuando se trata de los encargados de administrar justicia, de cuyos fallos van á pender los más caros intereses de las partes, para poner á cubierto á éstas, no ya de la exposición al error de los Jueces, sino de la influencia de las pasiones que arrastran hasta involuntariamente, ofuscan la mente, é inclinan el ánimo á preferencias indebidas y hasta á hostilidades reprobables. Y ya que no es posible pedir entera bondad á la justicia humana, menester es alejar todo motivo que pueda aumentar sus naturales imperfecciones, dando á las partes el derecho de pedir la separación del funcionario sospechoso cuando en él concurre alguna de las causales que el legislador determina. Y hé ahí de donde trae su origen el remedio de las recusaciones,

Recuerdos históricos de Borsari. Recordando los antecedentes históricos de esta institución, *Borsari*, que la califica de importantísima, efectiva valla de la justicia, en el fondo, y homenaje rendido á la opinión pública, en la forma, evoca como un noble monumento de tal institución la constitución de Justiniano, que es la *ley 16, Cod. de judic*, agregando: «La época de la libertad había pasado hacía tiempo: la posteridad no debe olvidarlo para hacer de ello un mérito al reformador, que, quiérase ó no, fue superior á su tiempo. *Lites sine suspicione procedant*, fueron sus palabras, dignas de ser recogidas. La *suspicio* del Juez es el gusano que roe el corazón de los litigantes, y la vírgen justicia se espanta de él. Se usó el derecho de recusación, y se abusó de él. Es un medio precioso y terrible. En la antigua república fue aplicado en larguísima escala. Por la ley *Servilia Repetundarum*, el acusador presentaba cien jueces, de los cuales cincuenta podían ser recusados. Degenerando en monopolio en manos de un partido esa gran garantía de la libertad de los juicios, en el tiempo de Cicerón era ya un peligro, un escollo de la inocencia *(Oratio pro Scilla.)* Caen y surjen de nuevo las instituciones, y es bella en esta materia la legislación de Inocencio III (Cod. *Cum inter de execp.)* Para dar idea del método antiguo en los juicios civiles recordaré que, siendo *los magistrados*, más bien órganos para administrar el derecho, que jueces; y derivando su potestad de la constitución del Estado, no podían ser recusados, según una opinión autorizada *(Noodt. De jurisd et imperio* lib. I cap. VII). A ellos verdadera y esencialmente pertenecía la jurisdicción: proponían las acciones, nombraban los *jueces*, los cuales, no investidos propiamente de caracter público, especie de árbitro entre las partes, eran ampliamente recusables. Parece que bajo Adriano, ese derecho entró en una nueva faz, como se demuestra en este fragmento. *Observandum est ne is judex detur quem altera pars nominatim petat (id cuim iniqui exempli esse D. Adrianus rescripsit) nisi hoc specialiter á Príncipe ad verecundiam petiti judicii respiciente, permittitur (L. 47. Dig. de judic.)* Se ha dado atrás ideas del estado de la legislación de recusación, en la época de Justiniano, y puede verlo quien quiera. El ejercicio de ella no dependía ya del orígen y cualidad de los magistrados, sino de los motivos que venían adoptados (*Cujac. Obs.* lib. XII cap. I); en vez de que en lo antiguo la recusación solía ser *perentoria*, sin motivos, así como la de los jurados.»

«Más ó menos, mal ordenado pero casi siempre arbitrario, el derecho de recusación pasó en la práctica del foro; y acaso se deba á la ordenanza de 1667 la primera organización de esa institución según la idea moderna, ó sea, por causas determinadas . . .»

Recuerdos históricos de Manresa y Navarro. Por su parte *Manresa* y *Navarro*, dice lo siguiente:

Digitized by Google

«La *abstención*, es el hecho espontáneo del Juez que reconoce no tener las condiciones necesarias de imparcialidad: la *recusación*, es el hecho del litigante que rehusa tener por Juez al que según la ley es competente para conocer de la contienda.»

«Con arreglo á estos principios, que son una deducción lógica de la razón y de la acción de la justicia humana, las legislaciones de todos los países han consignado en sus Códigos el remedio de la recusación. En los primeros tiempos de Roma, cuando las contiendas jurídicas se fallaban por árbitros nombrados por las mismas partes, las recusaciones eran muy raras; pero cuando posteriormente se organizaron los juicios públicos y los jueces eran designados por la suerte, las partes podían hacer uso del derecho de recusarlos en el momento que su nombre salía de la urna, exclamando: *hunc nolo, timidus est*, y si la causa de la recusación era injuriosa, debían bajo juramento decir: *ejero iniquus est.*»

«Derogado después el sistema formulario de los primeros tiempos, las partes perdieron el derecho de elegir sus Jueces, que fueron reemplazados por oficiales públicos, los cuales no siempre ofrecían las garantías de independencia é imparcialidad. Organizose entonces un nuevo método de recusación en armonía con los cambios introducidos en el procedimiento, cuya mejora se debió á las instituciones de los Emperadores. Estas exigieron que los modos de recusar fueran determinados, y especificaron el tiempo y las formas para utilizar este recurso; pero poco cuidadosas de la dignidad de los Jueces, no concretaron las causas de recusación, haciéndolos de esta manera el blanco de las recriminaciones de los litigantes.»

«Casi los mismos principios vemos consignados en nuestra antigua legislación; ni en el Fuero Juzgo, ni en las Partidas, ni en el Fuero Real se encuentran especificadas todas las causas que pueden dar lugar á la recusación; se marcan algunos impedimentos, se determinan varias causas, pero se sienta el principio de que basta manifestar que se tiene por sospechoso al Juez, y jure la parte, si se le pidiere, que no lo hace maliciosamente, para que proceda la recusación. Los graves daños que estas recusaciones generales ocacionaban, requerían un remedio eficaz que no encontramos en las leyes posteriores á las Partidas. El Ordenamiento Real y la Novísima Recopilación mejoraron poco los inconvenientes que se habían tocado hasta entonces, dejaron subsistente el principio vago de las recusaciones generales con respecto á los jueces inferiores, y solo en cuanto á los superiores exigieron que se alegara y probase causa justa. . . .»

«A fin de corregir esas irregularidades de la antigua jurisprudencia, la ley de enjuiciamiento civil de 1855 introdujo en esta materia útiles y acertadas reformas, determinando táxativamente las causas legales de recusación, y ordenando que los jueces y magistrados no podían ser recusados sino *con causa* . . . .»

Innovación de Colombia. Ya vimos en los antecedentes de derecho patrios, que fue la ley de Colombia de 1825 la que inició entre nosotros, el sistema moderno de señalar causas determinadas para poder usar del derecho de recusación.

Volvamos al artículo que estudiamos. Los tres primeros números copiados se refieren al parentezco; y bien se comprende que cuando median tales relaciones entre el funcionario y la parte, no puede haber, en general, la imparcialidad necesaria.

Parentezco en línea recta. Según el número 1º puede ser recusado el funcionario que es padre, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo ú otro de los ascendientes en línea recta: ó hijo, nieto, bisnieto ó cualquier otro de los descendientes en la misma línea: ó padrastro ó padre de éste, ó hijastro ó hijo de éste, ó hermano, ó tío, ó primo hermano, ó suegro ó cuñado de cualquiera

Digitized by Google

de las partes. Los colaterales ó afines más lejanos, como retíos, primos segundos etc., no están comprendidos en la disposición.

Esta no hace diferencia entre el doble vínculo y el vínculo de un solo lado, como hermanos germanos y hermanos uterinos, ni entre el parentezco legítimo y el ilegítimo. Por eso no cabe distinción alguna en la aplicación, debiendo tenerse unos y ótros como comprendidos en la causal. Sí nos parece deber advertir respecto del parentezco ilegítimo, que creemos indispensable que la prueba se haga, cuando sea necesaria, con arreglo á las prescripciones del Código Civil; pues que allí hay prohibiciones que deben respetarse y especialidades nacidas de la naturaleza delicada del asunto, consultando el respeto de la familia y el interés y orden público. Aun cuando en una recusación no se trate, de las trascendentales consecuencias que se desprenden en derecho de la paternidad y filiación ilegítimas, sería una absurda inconsecuencia permitir que la prueba no fuese el reconocimiento auténtico exigido en aquel Código, y se permitiese entrar en inquisiciones y gestiones que el legislador ha declarado vedadas.

Afinidad de la mujer del recusado. El número 2°. establece como causal de recusación la afinidad de la mujer del recusado con cualquiera de las partes dentro del segundo grado, si vive la mujer y nó está divorciada, ó si habiendo muerto ó declarádose el divorcio, existen hijos de élla con el recusado. No se refiere este número á aquellos afines de la mujer que son parientes del marido, porque éstos están comprendidos en el número 1°., sino á los que no lo son, como puede suceder cuando hay varios matrimonios en una misma familia, pues cada uno produce afinidad con los miembros de élla: por ejemplo, *A.* demandante, y *B.* Juez, nó parientes entre sí, son casados con dos hermanas: la esposa del Juez es afin de *A.*, marido de la hermana de aquélla, y aunque *A.* y *B.* no son afines, esa afinidad de la mujer del Juez con el actor, es fundamento legal de recusación, siempre que, como en este ejemplo, no pase del segundo grado y concurran las demás circunstancias que expresa el número que estudiamos. Ellas son indispensables, porque la muerte y el divorcio de la mujer, sin dejar hijos, concluye con todo lazo, pues faltan las personas intermedias cuyo interés, afecto ó consideraciones, pudieran influir en el ánimo del funcionario y hacerle sospechoso de parcialidad.

Afinidad del recusado. El número 3°, pone como causal de recusación la afinidad del recusado con el cónyuge de una de las partes hasta el segundo grado, caso de vivir la mujer sin estar divorciada, ó en caso de muerte ó divorcio si han quedado hijos de élla con la parte. Así, si una hermana del Juez ó funcionario, casada con Pedro, murió dejando hijos, y Pedro contrae segundo matrimonio con Francisca, en el pleito que esta tenga con un tercero puede ser recusado el Juez ó funcionario, que es cuñado de Pedro, cónyuge de Francisca, y que es tío de los hijos que aquél tuvo en su primer matrimonio. Por una parte, el marido y la mujer son como una misma persona, y cada uno de ellos, naturalmente interesado en el pleito que tenga el otro; y por otra parte los hijos del matrimonio anterior son intermedios que ligan con el funcionario para interponer afecto y consideraciones: son sobrinos del Juez, y su padre esposo de la parte.

Un caso raro nos ocurrió en un asunto grave. La contraparte produjo como prueba un trabajo de cuentas elaborado por un contador privado, y pidió que una experticia juzgara sobre la exactitud de la obra. Como experto suyo eligió al esposo de una sobrina carnal del contador, á quien éste había criado, y que habitaba con su marido en su propia casa, siempre bajo su amparo. El nombrado se empeñó en ser perito, aunque se le exitó á inhibirse, y fue preciso recusarlo. La recusación fué declarada con lugar. ¿Era fundada? Sí. No estaba en ninguno de los casos del número 1º, por no ser pariente ni afin de la parte misma; ni en el segundo, por idéntica razón; y en rigor, ni aun en el tercero. ¿Pero ese contador no era un mandatario de la parte, y su sobrino

Digitized by Google

político interesado en hacerle quedar bien? ¿No tenía interés bastante en favor del mandante y del mandatario, para no poder ser imparcial? Evidentemente que sí.

No dice la ley que la recusación por parentesco de consanguinidad y afinidad sólo pueda proponerla la otra parte. *Sanojo* pensaba que podía ser usada por el pariente, siguiendo á *Rogron* y otros; pero en sus últimos comentarios, varió de opinión, fundado en que la razón alegada, de poder el Juez por exceso de delicadeza y para exibirse como más imparcial, hacer injusticia á su pariente, pudiera aducirse en todos los otros casos de recusación. *Borsari*, que cita á *Pigeau*, *Favard de Langlade* etc., dice sobre este punto lo siguiente: «El pariente del Juez puede recusarlo por pariente: la ley no distingue: entre parientes no se puede ser indiferente; he aquí la razón. O se ama, ó acaso se odia, ó la suprema delicadeza perturba la conciencia del hombre probo, ó el público encuentra en ello razón de murmurar.»—Y nosotros agregamos, que en todas las otras causas de recusación no puede contar el Juez, como en ésta, con que las influencias de familia, la paz de esta, pesarán en todos sus miembros para contribuir á que se le tolere sin consecuencias graves ó desagradables, la injusticia que por exceso de delicadeza ó mal enténdida imparcialidad, pudiera cometer contra el pariente. Racional nos parece amparar á éste contra semejantes debilidades, como se ampara á su contrario contra las condescendencias á que puede arrastrar el afecto de familia.

4ª Por tener el recusado, su cónyuge ó alguno de los consanguineos ó afines dentro de los grados indicados, interés directo en el pleito.

5ª Por existir una cuestión idéntica que deba decidirse en otro pleito en que tengan interés las mismas personas indicadas en el número anterior.

6ª Si el recusado ó su cónyuge fueren deudores de plazo vencido de alguno de los litigantes, ó de su cónyuge.

7ª Si el recusado, su cónyuge ó sus hijos tuvieren pleito pendiente ante un tribunal en que el litigante sea juez.

ESTUDIO 36

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Los cuatro números copiados son los mismos de los Códigos de 1873 y de 1880.

Código de 1838. El número 4º actual está expresado en este Código de 1838 al final del número 3º, así: «ó porque tenga interés directo en las resultas de pleito.» El 5º era el 9º, que decía: «Por tener el recusado un pleito diferente sobre una cuestión semejante á la que agita el recusante». Los números 6º y 7º actuales no existían en el Código de 38.

Ley de Colombia de 1823.—El número 4º actual no existía en esta ley. El número 5º es el 3º. de esta ley, de donde lo tomó el Código de 38. Los números 6 y 7 actuales vienen del 4º. de esa ley, que comprendía el caso de ser acusador el Juez ó alguno de sus otros parientes, de alguna de las partes.

Digitized by Google

DERECHO ESPAÑOL.—*L. 10 tit. 4 Part. 3ª* «Juez e demandador e demandado son tres personas que conviene que sean en todo pleyto que se demanda por juyzio. E por ende dezimos que ningún judgador non puede nin debe oyr nin librar pleyto, sobre cosa suya ó que á él pertenezca, porque non deve un ome tener lugar de dos, assí como de Juez é demandador . . . »

EXPLICACIONES.

Causales fundadas en el interés. Como agrupamos antes, los tres primeros números del artículo, porque todas las causales que comprenden se fundan en el afecto que naturalmente engendran los lazos de familia entre parientes próximos, así hemos agrupado ahora los cuatro números siguientes, atendiendo á que las causas de recusación que expresan se originan de un mismo motivo, el interés en el resultado del pleito, del funcionario ó sus parientes, ó por lo menos la existencia de ese pleito. No se trata ya de que sean partes en el juicio, porque eso está dicho en el número 1°., sino de aquellos cásos en que sin aparecer como litigantes, estén interesados directamente en el resultado, como por ejemplo, cuando habiendo una hipoteca constituida en favor del recusado ó alguno de sus dichos parientes, disputa un tercero al hipotecante el dominio de la finca hipotecada, sosteniendo no haberle pertenecido nunca, pues evidentemente que, aunque no se esté discutiendo la validez de la hipoteca en ese pleito, el resultado de éste la afectará directamente favoreciendo ó perjudicando los intereses del acreedor hipotecario.

Las mismas razones ó parecidas, militan en el caso de existir una cuestión idéntica en otro pleito en que tengan interés el recusado ó sus parientes ó afines indicados. Si la cuestión es idéntica, naturalmente que están interesados en que se resuelva de un modo favorable á lo que ellos sostienen ó les conviene, y entonces el Juez iría á establecer por su propia mano un antecedente que favoreciese esos propósitos, faltándole ya la imparcialidad necesaria. ¿Y qué regla habrá para poder decir que las cuestiones son idénticas? *Borsari* dice, que no deben entenderse las palabras de la ley, en el sentido riguroso con que se gobierna la teoría de la cosa juzgada, pues no habría identidad de personas, ni identidad de causa; pero aun siendo *rei inter alios acta*, diversa en las personas, se buscaría la semejanza en la *causa petendi* ó en la igualdad del *objeto*. El Juez á quien toca aplicar el derecho debe apreciar los hechos y las circunstancias, teniendo por norte, que en el caso de que se trate de que el Juez pueda fabricarse un precedente favorable, ó que tenga verdadero interés en resolver la cuestión en un sentido dado. Por supuesto que la prueba no puede hacerse por testigos, sino por las actas de los expedientes que demuestren la identidad ó similitud de las cuestiones.

Funcionario deudor. Cuando se trata de la 6ª causal, de ser deudor de plazo vencido de uno de los litigantes ó su cónyuge, la disposictón sólo se contrae al recusado ó su cónyuge, excluyendo los otros parientes ó afines, de que antes se ha hablado. El funcionario tiene el interés de evitarse él, ó á su cónyuge, una persecusión de su acreedor, encontrándose entonces bajo una preción que compromete su imparcialidad y afecta la misma dignidad del puésto. Si el deudor es algún otro pariente ó afín del funcionario, aquella presión no existe, ni debe suponerse, porque tal circunstancia no afectaría en ningún caso ni su decoro ni la dignidad del puésto, y quizás la amenaza sería imaginaria, y seguramente ineficaz por lo mismo. Es de observar que la disposición dice *deudor de plazo vencido*, de suerte que envuelve cierto estado permanente de no querer ó no poder pagar lo que ya es exigible, y no deudas del momento ó de días ó que se cobran por períodos que están corriendo como los alquileres de una casa, de que no se deben atrazos, compras de mercado ó abastecimientos ó menudencias semejantes.

Funcionario acreedor. Bien hizo el Código de 1838 en no tomar de la Ley de Colombia como causal de recusación el ser el funcionario ó su cónyuge acree-

Digitized by Google

dores de alguna de las partes, y bien hicieron los Códigos posteriores en imitarlo. *Borsari* refiriéndose á la ley italiana, igual en esa parte á la de Colombia, dice que se entiende poco porqué el juez acreedor pueda ser recusado, y sólo aventura que quizás se crea que tenga interés en procurar ventajas á su deudor, regalándole una sentencia favorable. Nos parece que sería una suspicacia exagerada de la ley llevar sus sospechas hasta allá, casi negándole toda virtud de bien obrar al funcionario. Raro sería el caso en que el Juez tuviera visible interés en favorecer á su deudor, y entonces estaría comprendido en otra causal ya enumerada,

Acreedor por cesión. Consideran los autores la cuestión de si la causal á que nos contraemos tenga aplicación cuando el crédito del litigante contra el Juez se derive de una cesión. Si esta había tenido lugar antes de la litis, no hay duda de que procede la recusación. Pero si ha sido posterior, el asunto es más serio. Existía en Francia una antigua ley, la ordenanza de 26 de mayo de 1705 que prohibía al litigante hacerse ceder crédito contra el Juez para poderlo recusar por sospechoso; pero tal disposición no pasó á ninguno de los Códigos. Sin embargo, á juicio de *Carré-Chauveau*, *Delaporte* y *Thomine*, según *Borsari*, un sentimiento de moralidad conduce á mantener que el litigante no pueda por sí mismo crearse un medio para recusar al Juez, privándole de la jurisdicción de que está iuvestido legalmente. Pero si la adquisición del crédito proviene de un origen no sospechoso, por ejemplo, de haber heredado el litigante al primitivo acreedor pendiente la litis, cree *Borsari*, que la recusación no procede. « No debe perderse de vista, dice éste, que el interés de la recusación no está en el acreedor, originario ó posterior, sino en su contrario, que se alarma de ver al Juez dominado por el acreedor; siendo además difícil que se adquiera un crédito contra el juez para constreñirlo á abdicar, pues lo natural será que se procure hacerlo favorable ».

Caso del número 7°. En fin, en el caso del número 7°, de deber ser juzgados el Juez, su cónyuge ó hijos, en otro pleito civil ó criminal, por uno de los litigantes, claro es que el deseo de complacer y tener de su parte á este que ha de sentenciarlos, priva al Juez de la imparcialidad necesaria.

8ª Si en los cinco años precedentes se ha seguido juicio criminal entre una de las mismas personas y uno de los litigantes, ó su cónyuge, ó sus hijos.

9ª Por haber dado el recusado recomendación ó prestado su patrocinio en favor de alguno de los litigantes sobre el pleito en que se le recusa.

10ª Por seguir pleito civil entre el recusado ó alguno de sus parientes dentro de los grados indicados, y el recusante, si se ha principiado antes de la instancia en que ocurre la recusación y si no han trascurrido doce meses después de terminado el pleito entre los mismos.

ESTUDIO 37.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los tres números copiados son, sin alteración los mismos de los Códigos de 1873 y de 1880.

Digitized by Google

Código de 1838. No existe el número 8°. actual. Los números 9 y 10 actuales son respectivamente los números 8° y 6° de este Código de 1838.

Ley de Colombia de 1825.—El número 8° actual viene del 5° de aquella ley: el número 9° del 8°; y el número 10° del 6°.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 6ª, tít. 4°., Part 3ª* . . . « La quinta que los pleytos que oviesen antellos que los libren bien é lealmente lo más ayna é mejor qus supieren, é por las leyes deste libro é non por otras. E que por amor, nin por desamor, nin por miedo . . . . que non se desvíen de la verdad nin del derecho.»

Ley 10ª tít. 4°., Part. 3ª « Otrosí dezimos que ningún ome nos deve oyr nin judgar pleyto de que antes él mismo oviese seydo abogado ó consejero; é esto tovieron por bien los sabios antiguos por esta razón; porque si el diese sentencia contra la parte que antes ayudava ó consejava, mostrarse y a por abogado tortizero. E otrosí, si diesse juyzio por ella, sospecharían contra él, que lo fiziera por amor de ayudar aquella parte que primero concejara.»

EXPLICACIONES.

Causales fundadas en prevenciones. Las tres causales que hemos agrupado ahora podemos hacerlas derivar de la prevención que en contra ó en favor de alguno de los litigantes ó las personas allegadas aludidas, pueden dejar en el ánimo del Juez alguno de los hechos indicados, pleitos criminales ó civiles, recomendación ó patrocinio, ó sea desamor ó amor como los llamaban las Partidas, que no se traducen ó no llegan á un grado tal que puedan calificarse de interés ó de amistad decidida ú odio ó enemistad grave. Estado peligroso en el ánimo del Juez, que puede extraviarlo y hace sospechosa su calma é imparcialidad.

Pleito criminal. Con efecto, el haberse seguido en los cinco años precedentes un pleito criminal entre el recusado, su cónyuge ó sus hijos y uno de los litigantes, su cónyuge ó sus hijos, ha debido engendrar malquerencia, mala voluntad, cierta prevención, entre esos dos grupos de personas tan unidas entre sí. Los recuerdos, las peripecias desagradables y malas impresiones de esa lucha, sólo pueden debilitarse hasta el grado de posponerse al deber de la imparcialidad con el transcurso de los años; y el legislador ha juzgado suficiente un quinquenio, que en verdad no es un período pequeño. Así, que el pleito debe haber quedado ejecutado y concluido cinco años antes, para que la causal de recusación haya desaparecido; y debe ser criminal, pues en sentir de los autores las quisquillas de policía, como dice *Borsari*, no se tienen en cuenta.

Encuentra *Sanojo* deficiencia en este punto de la ley, que parece referirse sólo al recusante y recusado y á sus cónyuges ó hijos, y que á su juicio debe extenderse á los demás parientes dentro de los grados arriba dichos, consanguíneos y afines en toda la línea recta y colaterales dentro del cuarto y segundo. La razón lo exige así, pues la causal no puede menos de obrar con igual fuerza cuando se trata de padres, abuelos, nietos, etc.; y sería una verdadera inconsecuencia que se limitase sólo al cónyuge é hijos cuando se trata de juicio criminal. y se extendiese á aquellos otros parientes cuando se trata de juicio civil, como parece decirlo el número siguiente.

Pleito civil. Este número pone como causal de recusación el seguirse pleito civil entre el recusado y alguno de los parientes dentro de los grados indicados y el recusante, si se ha principiado antes de la instancia en que ocurre la recusación y si no han transcurrido doce meses después de terminado aquél. Las palabras *dentro de los grados indicados*, cuando la ley no ha hablado de aquéllos sino al enumerar los consanguíneos y afines en línea recta y los colaterales dentro del cuarto y segundo, no permiten entender

Digitized by Google

este número sino con referencia á todos éllos: resultando así, que aquella disposición sobre pleito criminal, necesitaría una redacción más clara y más precisa para no necesitar la interpretación á que ocurre *Sanojo* con sobra de razón.

Dos condiciones exige la disposición: que el pleito haya comenzado antes de la instancia en que ocurra la recusación, y que no hayan pasado doce meses después de concluido aquél, esto es, después de sentenciado y ejecutada la sentencia. Compréndese que lo primero tiene por objeto cerrar la puerta al abuso que pudiera ocurrir á un litigante de buscar pretexto para deshacerse del Juez, cuya rectitud é imparcialidad no conviniera á sus propósitos, proponiendo contra él ó sus dichos parientes, una demanda cualquiera, aunque fuese insignificante y hasta temeraria. Y lo segundo, porque sólo después de pasados doce meses de tal pleito es que el legislador cree haberse desvanecido las prevenciones que hubiesen quedado en los ánimos por consecuencia del pleito. Y decimos prevenciones, porque si hubiese éste engendrado odios ó enemistades serias, ya entonces sería otra la causal de recusación.

Aunque es bien claro que la ley sólo se refiere á pleito comenzado antes de la instancia, se ocupan los autores franceses del caso en que no sea la parte, sino el Juez mismo, quien promueva el pleito, pendiente la instancia; y como ya no es un medio buscado por el litigante, sino un acto voluntario del Juez, resuelve la doctrina, según *Pigeau*, *Thomine* y *Dalloz*, citados por *Borsari*, que entonces há lugar á la recusación. Este último lleva más adelante su opinión, y dice que, aunque el Juez no sea propiamente actor, si ha dado causa ó motivo para que el litigante tenga que llamarlo á juicio, como en el caso de que teniendo un fundo colindante con el de la parte, haya ordenado un acto de despojo ó de perturbación en ese otro fundo, también ha lugar á la recusación. Fundado encontramos ese parecer del autor, porque la parte obra por necesidad de defender lo suyo, hasta cierto punto hostilizada por el Juez.

Recomendaciones y patrocinio. El haber dado recomendación el recusado, ó prestado su patrocinio en favor de alguno de los litigantes, sobre el pleito en que se le recusa, no puede menos que imposibilitarlo para conocer en el asunto. Esa recomendación, esa ayuda, lo hacen parcial, lo ligan hasta cierto punto á la defensa, colocándole en la dura alternativa ó de parecer desleal si no la favorece, ó de aparecer interesado en caso contrario.

11ª Por ser el recusado dependiente ó comensal, tutor ó curador, heredero presunto ó donatario de alguno de los litigantes.

12ª Por tener el recusado sociedad de intereses ó amistad íntima con alguno de los litigantes.

13ª Por haber recibido el recusado de alguno de éllos servicios de importancia que empeñen su gratitud.

14ª Por ser el recusado administrador de cualquier establecimiento público ó particular relacionado directamente en el pleito.

ESTUDIO 38

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los cuatro números copiados son exactamente los de los Códigos de 1873 y de 1880.

Digitized by Google

Código de 1838. El número 11 copiado es tomado del número 10 de este Código: el 12, del número 3°: el 13 del mismo 3° que se extendía á los parientes: y el 14, del 11.

Ley de Colombia de 1825.—Los cuatro números insertos vienen de los números 7° y 8° de esta Ley.

Derecho Español.—*Ley 6ª, Tít. 27, Part. 4ª* « Verdaderamente e sin engaño ninguno deve el ome amar á su amigo; pero en la quantidad de amor fue departimiento entre los sabios, ca los unos dixeron que ome deve amar á su amigo tanto quanto el otro ama á él. E sobre esto dixo Tulio que esto non era amistad con bienquerencia, mas era como manera de mercadería. E otros y ovo que dixeron deve ome amar á su amigo quanto él se ama: e estos otrosí non dixeron bien, porque puede ser que el amigo non se sabe amar, ó non quiere, ó non puede; e por ende non sería complida amistad la que desta guissa oviesse ome con su amigo. E otros sabios dixeron que deve ome amar á su amigo tanto como á sí mismo: e como quier que estos dixeron bien, pero dixo Tulio que mejor lo pudieran decir; ca muchas veces ha de fazer ome por su amigo cosas que non las faría por sí mismo. E porque en este tiempo se fallan pocos los que assi quieren amar, por ende son pocos los amigos que ayan en sí complida amistad. Pero como quier que el ome se deve atrever en la amistad de su amigo, con todo eso non le deve rogar que yerre, ó que faga cosa quel esté mal; e maguer le ficiesse tal ruego afincadamente non gelo deve el otro caver, porque si cayese en pena, ó en mala fama por ende, nol cabría la acusación maguer diga que lo fizo por su amigo. Pero con todo esso bien deve ome poner su persona, e su aver á peligro de muerte ó perdimiento por amparanza de su amigo e de lo suyo. quando menester le fuere, E con aquesto acuerda lo que se falla en escrito en las historias antiguas de dos amigos que ovo el uno nome Orestes, e el otro Pilades, e los tenía presos un Rey por maleficios de que eran acusados: e seyendo este Orestes judgado á muerte, e el otro dado por quito, ovieron de enviar por Orestes para fazer justicia del, e llamáronlo que saliesse fuera del logar do lo tenían preso, e respondió Pilades, sabiendo que querían matar al otro, que él era Orestes, e respondió Orestes que non era verdad, que él mismo era. E quando el Rey oyó la lealtad destos dos amigos, de como se ofrecía cada uno á muerte por estorcer al otro, quitólos á amos á dos e rogóles que lo recibiessen por tercer amigo entrellos. »

Ley 1ª, Tít. 10, Part. 5ª: « E nace ende gran pro quando se faze (la compañía) entre algunos omes buenos e leales; ca se acorren los unos á los otros bien assí como si fuessen hermanos.

EXPLICACIONES.

Causales fundadas en el amor y *gratitud.* Las causales contenidas en los cuatro números á que ahora nos contraemos se fundan también en el amor ó en el interés, pero de un linaje distinto del natural que engendra el parentezco y del provecho ó menoscabo de la propia fortuna. Son los afectos que nacen del trato doméstico inmediato, de la amistad estrecha, de la gratitud y de la benevolencia hacia personas y hasta establecimientos en cuyo bien nos interesamos. Sentimientos nobles que es menester respetar, porque son gajes preciosos de la civilización cristiana y dulcísimos consuelos en las penalidades de la vida; y que por lo mismo no debe permitirse que se pongan en colisión con el cumplimiento de los sagrados deberes de la judicatura. No es posible esperar completa imparcialidad de un funcionario judicial que es dependiente de uno de los litigantes, acostumbrado á verle como superior, á recibir sus órdenes, á tratarle con ese amistoso respeto de inferior, y entre los cuales deben mediar cierto interés recíproco, ciertas consideraciones y prestaciones hijas de su respectiva posición: ni de aquel de quien es el funcionario

Digitized by Google

comensal, no así por accidente, sino habitual, que come y bebe de ordinario con la parte, en ese trato familiar en que las mismas atenciones y obsequios, atan con los lazos del cariño y de la gratitud. ¿Ni, qué independencia de juicio, qué imparcialidad agena de toda debilidad, puede tener el funcionario que es tutor ó curador de una parte, ó bien su heredero presunto ó su donatario? Absurda aberración sería esperarlo. ¿Y qué decir del caso en que el recusado tiene sociedad de intereses con alguno de los litigantes, ó es su amigo íntimo? Bien expresó lo primero el legislador de las partidas, diciendo que los socios se acorren como si fuesen hermanos: y así es, porque la liga de los intereses, es una de las más fuertes que pueden existir entre los hombres. En cuanto á amistad íntima, entre el recusado y una de las partes, por más que en estos tiempos estemos más lejos aun del modelo que nos trae el sabio Rei, de Orestes y Pilades, no es posible negar que la amistad llega muchas veces á un grado de estrechez tal, que se mira al amigo como un verdadero hermano, á quien nos complacemos en ayudar, en favorecer, en defender y darle pruebas de nuestro afecto y de nuestro decidido empeño de servirle con todo esfuerzo y sin reparar en sacrificio. Pero como eso no es común, no basta el solo calificativo, y ese trato más ó menos familiar que se acostumbra, sino que se necesitan circunstancias y hechos decisivos, que han de exponerse, que demuestren la intimidad, y que ha de apreciar el Juez con recto criterio y honrado propósito.

Servicios recibidos. Respecto de servicios recibidos, la ley los califica con bastante precisión: han de ser de importancia, y tales, que empeñen la gratitud. Y por cierto que los hay á veces tan especiales que no podrían pagarse con ningún dinero. Pero como todo eso es relativo, según la posición, la educación y sobre todo los sentimientos de las personas, entrará también aquí el buen criterio del Juez para apreciar en su verdadero valor los hechos y circunstancias que se aleguen como fundamentos de la causal.

Es de notar sobre este número que en los Cóligos de otros países no se encuentra comprendida esta causal fundada en servicios recibidos, y sin duda por ser innecesaria, como que en sustancia no es más que uno de los medios de mostrar interés ó gran amistad. Y de notar también es, que el Código de 38 hacía extensiva esta causa de recusación á los consanguíneos y afines del funcionario, dentro del grado arriba dicho. La limitación al funcionario nos parece más racional, entendiendo que el servicio hecho al cónyuge ó á los hijos, á quienes se tiene el deber de alimentar, de educar, de amparar y defender, es como hecho al funcionario mismo. Pero resultaría la disposición con demasiada latitud, y flaca de fundamentos, si se extendiese á hermanos, tíos, sobrinos, primos, cuñados etc., pues ni habría como apreciar la importancia que el servicio tuviera á los ojos del Juez, ni la gratitud que á éste tocase.

Administrador interesado. En fin, cuando el recusado es administrador de algún establecimiento público ó particular relacionado directamente en el pleito, esto es, interesado en él, natural es tenerlo por sospechoso y poderlo recusar la otra parte. ¿No le va su buen concepto como administrador, el mantenimiento de su mismo puesto, en interesarse por el establecimiento que administra? ¿Su propio interés personal no está ligado hasta cierto punto, aunque indirectamente con el de ese establecimiento? Eso basta por tenerlo más bien como parcial, y por ende inhábil para ejercer sus funciones públicas en tal asunto.

.5ª Por haber el recusado manifestado su opinión sobre lo principal del pleito antes de la sentencia, siempre que el recusado se [illegible]ez en la causa.

Digitized by Google

16ª Por haber sido el recusado testigo ó experto en el pleito, siempre que sea juez en el mismo.

ESTUDIO 39.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los números copiados son exactamente los mismos en los Códigos de 1873 y de 1880.

Código de 1838. Los dichos números 15 y 16 son tomados casi textualmente de los 12 y 13 de este Código de 38.

LEY DE COLOMBIA DE 1825.—Del número 8° de esta ley vienen los dos arriba insertos.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 13 tit. 4 Part 3ª* «Llorando é mostrándose por muy cuytados vienen á las veces los querellosos ante los judgadores, é dicen que han recebido de otro deshonra, ó daño ó grande tuerto además. E como quiera que los jueces á las vegadas deven aver piedad de los omes, con todo esso decimos que non deven ser ellos tan livianos de corazón que se tornen á llorar con ellos, nin les deven luego creer lo que assí razonan, antes deven emplazar é oyr la razón de aquel contra quien ponen la querella. E esto por dos razones. La una que non es señal de firme nin de derechurero Juez, en descubrir luego por la cara el movimiento de su corazón. La otra porque algunas vegadas acaesce que muchos de aquellos que piadosamente se querellan andan con enemiga, é adelántanse á querellar por encobrirse, é por meter en cúlpa aquellos de quien se querellan. Otrosi decimos que quando los judgadores entienden que alguna de las partes que ha razonado antellos tiene pleyto tortícero, ó que es en culpa del yerro de que le acusan, que deven mucho encubrir sus voluntades, de manera que non muestren por palabras, nin por señales, que es lo que tienen en corazón de judgar sobre aquel fecho, hasta que dé su juyzio afinado. E faziendo de desta guissa mostrarse han por omes sabidores, e entendidos, e firmes e de buenos corazones, e acrecentarán la honra de su oficio, e aun la gente que han de mantener les honrará más, e les avrá mayor miedo. E si de otra guissa fiziessen acaescerles y á todo el contrario.

EXPLICACIONES.

Causales fundadas en amor propio. Las causales á que ahora nos referimos se fundan en que el amor propio de un Juez que ha manifestado ya juicio sobre la cuestión debatida, ó que como experto ha resuelto algún punto de hecho en la causa, ó que como testigo ha depuesto en favor de uno de los litigantes, es de temer que, como de ordinario sucede, le ciegue y aferre en sus opiniones, ó dichos, para no aparecer contradictorio ó inconsecuente. Aun cuando ese Juez (porque solo al Juez y no á otro funcionario se refieren estas causales) tuviera la fuerza de voluntad bastante, y toda la calma y sensatez necesarias para mudar de parecer al convencerse de un error, su situación sería muy delicada, por el temor natural de que su conducta fuese mal interpretada. El experto y el testigo tendrían, sobre todo, el inconveniente superable de venir á ser jueces de sus propios actos, toda vez que para d[illegible] habrían de estimar las pruebas de las partes, entre las cuales figuran sus [illegible] ó dichos.

Opinión emitida. Habían creído algunos que el número 15 se [illegible] al asunto principal, ateniéndose á la letra de la disposición que dice: *o[illegible] sobre lo principal del pleito.* Según esa inteligencia, si en una excepción [illegible]toria ú otra incidencia, el Juez hubiese anticipado su opinión sobre ese [illegible]

Digitized by Google

no habría lugar á recusarlo. Pero aparte de que otros artículos no dejan motivo de duda, la práctica tenía aceptada la inteligencia contraria, porque la razón de la disposición no se desvirtúa porque se trate de la discusión de un punto incidental, pues en ella, en la incidencia, viene á ser punto principal, porque muchas veces el resultado de tales incidencias influye poderosamente en el asunto principal. La única diferencia será que el recusado en la incidencia, por haber emitido opinión en ella, no podrá ser Juez en la misma, pero sí en lo demás del asunto, con tal que la liga entre el punto incidental y el principal no sea de tal naturaleza, que la decisión de aquel envuelva un juicio sobre este: al paso que si la opinión manifestada por el Juez y porque se le recusa, es sobre lo principal, no podría conocer absolutamente del asunto.

Basta opinión verbal probada. Algunos autores creen que la opinión de que se trata no puede ser dada en simple conversación, ó discurso, sin intención séria, sino que debe ser escrita. Pero no pensamos que nuestra disposición permita semejante distinción. Eso sí, si se trata de probar con testigos que el Juez manifestó su opinión verbalmente, es indispensable que se demuestren todas las circunstancias de lugar, tiempo etc., en que la expresó, y que los conceptos que se le atribuyan sean de tal manera precisos y concretos sobre el asunto, que no dejen sombra de duda de que, de modo sério, se pronunció en favor ó en contra de alguno de los litigantes en aquel negocio lo cual será siempre muy difícil de probar. Si se trata de opinión escrita, no podrá tomarse como tal una conclusión general, abstracta, científica, porque el profesor ó el escritor no hacen injuria á nadie, sino benefician á muchos, en provecho de la ciencia: ni tampoco alguna disertación, informe ó defensa sobre algún otro negocio concreto diferente, entre otros litigantes; porque no bastan la similitud ó semejanza entre un caso y otro, que se quiera alegar, pues cada negocio tiene sus partes, sus hechos, sus circunstancias, sus actas, sus pruebas, que no es dado confundir. De ordinario se busca la opinión avanzada por el Juez, en alguna sentencia ó resolución dictada antes; bien en un negocio diferente que se alegue ser idéntico, semejante ó íntimamente conexionado con aquel en que se le recusa; bien en el mismo asunto al decidir algún incidente. Si lo primero, no creémos que la recusación proceda de un negocio á otro negocio, por que cada cual se resuelve por sus propias actas, según lo alegado y probado allí, y nada más, por mas que se digan idénticos ó semejantes los negocios ó los puntos discutidos. ¿No podrá un Juez de parroquia conocer de una demanda de desocupación de casa por falta de pago de alquileres, sin quedar recusable en toda otra demanda que se le proponga después para el mismo objeto y por idéntica causa? ¿No podrá un Juez de 1ª instancia conocer de un interdicto de despojo por haber un colindante invadido el terreno del vecino, sin quedar inhabilitado para conocer de cualquier otro interdicto de la misma índole? Y ni puede alegarse conexión ó enlace de un negocio con otro negocio, diferentes, porque desde que hay partes distintas, y expedientes distintos y pruebas distintas, la opinión dada en uno no puede tenerse como emitida en el otro. Ahora si es en el mismo negocio, si es en expedientes separados que cursan en el mismo tribunal, que se hayan acumulado ó se deban acumular legalmente, entonces podrá haber lugar á la recusación, si en efecto se encontrare que en una decisión dada antes, el Juez hubiere avanzado opinión sobre lo principal, sobre el punto esencial discutido, sobre un fundamento decisivo de modo directo; teniéndose presente que las de-
ci nes para sustanciar el juicio son por lo regular esenciales para la validez de
és pero no por eso debe decirse que ellas influyen directamente en lo que ha-
ya decidirse sobre el punto controvertido. Preciso es, pues, que la resolu-
ci que se alegue como fundamento de la recusación, descubra claramente el
ju io formado por el Juez sobre el punto discutido, ó que los conceptos de
qu se haya valido le pongan indudablemente en el caso forzoso de decidir en
de rminado sentido, el fondo del negocio. El informe del mismo Juez y la
te icia del recusante, que no es siempre difícil de penetrar, deberán siem-
pr maduramente en tan delicada materia, en que de un lado está el

Digitized by Google

derecho legítimo de defensa para rechazar al Juez sospechoso, y del otro el propósito abusivo de deshacerse de un Juez imparcial.

Cuando casada una sentencia, se repusiere la causa mandando fallarla de nuevo, claro es, que los Jueces que decidieron antes no son hábiles para dictar ese segundo fallo. Es mas que haber emitido opinión, el haber dictado sentencia definitiva.

17ª Por haberse intentado contra el juez queja que se haya admitido, aunque se le haya absuelto, siempre que no hayan pasado doce meses después que se haya librado la determinación final.

18ª Por enemistad entre el recusado y cualquiera de los litigantes, demostrada por hechos que sanamente apreciados hagan sospechosa la imparcialidad del recusado.

19ª Por agresión, injurias ó amenazas entre el recusado y alguno de los litigantes, dentro de los doce meses precedentes al pleito.

20ª Por injurias ó amenazas inferidas por el recusado á alguno de los litigantes, aun después de principiado el pleito.

ESTUDIO 40.

ANTECEDENTES

Derecho Patrio.—Los cuatro números copiados son los mismos de los Códigos de 1873 y de 1880 con alguna variación.

Código de 1838. El número 17 actual es tomado del 14 de este Código: el 18 del 4º, calificando la enemistad de *capital* y comprendiendo á los parientes: el 19 y el 20, del 5º

Ley de Colombia de 1825.—El número 17 no se encuentra en esta ley: el 18 viene del 9º que hablaba de enemistad *declarada* y se extendía á los parientes: el 19 y 20 traen su origen del 10 de aquella ley.

Derecho Español.—*L. 6º. tit. 32 Part. 3ª* Otrosi, por esta palabra *enemigo*, se entiende aquel quel mató el padre ó la madre ó otro pariente fasta el quarto grado; ó que le movió pleito de servidumbre, ó que le acusó de tal yerro que si le fuesse probado que le matarían por ello, ó que perdería miembro, ó que le desterrarían, ó que le tomarían por ende todo lo suyo, ó la mayor partida, ó si lo tiene desafiado, ó es su enemigo según fuero de España . . . »

Derecho Romano.—« Nisi justan causam adferat *quare* ad eum mitti non debeat, forte si cum judicem inimicum sibi esse adfirmet —*Caio L. 9 Dig. de libera causa.* »

Según este texto, era bastante para Caio que la parte afirmase, ser su enemigo el Juez, para tener como alegada justa causa.

Digitized by Google

EXPLICACIONES.

Odios ó prevenciones. El principio en que se fundan las causas de recusación contenidas en los cuatro números ahora insertos, es la probabilidad ó á lo menos posibilidad de venganza del funcionario, ó rencor ó mala voluntad contra la parte respecto de la cual median las circunstancias que se expresan. ¿Quién podrá esperar encontrar justicia, atención siquiera, en su enemigo? ¿Quién podrá esperar imparcialidad y calma de un Juez irritado por una queja por la cual le sometieron á juicio? ¿Quien ha de creer que la misión delicada de los funcionarios judiciales, de ser intérpretes desapasionados de la ley, pueda ser cumplida todavía bajo el rencor ó la mala voluntad de agresiones, injurias ó amenazas anteriores al pleito, ó en medio de las iras que hayan arrastrado al funcionario hasta el exceso de inferir á un litigante injurias ó amenazas durante la litis? A nadie puede escaparse la justicia de esas disposiciones que establecen tales motivos de recusación.

Pero hagamos notar que la causal originada de la queja intentada es sólo relativa al Juez, obrando las otras respecto de todo funcionario; y que no deben haber transcurrido doce meses después de la decisión final en la queja, ó de la agresión, injurias ó amenazass precedentes al pleito, para que la recusación pueda hacerse; porque como todo lo borra el tiempo, juzga el legislador que después de un año han debido desvanecerse las ingratas impresiones de aquellos hechos, en personas qué es preciso suponer de cierta circunspección, y celosos de su buen nombre, tornando á la calma y al desapacionado cumplimiento del deber, que se sobreponen á mezquindades vulgares.

Injurias y amenazas de los litigantes. También haremos notar que no están comprendidas en las causales de recusación las injurias y amenazas del litigante para con el funcionario después de comenzado el pleito; porque no podía poner la ley en manos de los litigantes un medio de deshacerse á su antojo de un Juez, Secretario, experto etc., cuando así le conviniese, con sólo amenazarlo ó injuriarlo.

Y en fin haremos observar que en la disposición sobre enemistad se han suprimido los calificativos de *capital, grave, declarada,* de las leyes anteriores, explicándose sí, que los hechos de que resulte deben ser tales, que apreciados sanamente, hagan sospechosa la imparcialidad del funcionario; y se ha suprimido también lo relativo á los parientes dentro de los grados que las leyes anteriores señalaban. Aunque la enemistad que se alegue no sea aquella que se definía como *capital,* porque sería demasiado, basta como motivo de recusación, si en realidad es séria y manifestada por hechos característicos de tal sentimiento, que han de detallarse y probarse. Respecto de la enemistad con los parientes no creemos que por la supresión, deje de ser causa de recusación cuando fuere de tal naturaleza que deba considerársela trascendental al funcionario, de modo que sea de familia á familia, ó del recusado ó recusante, respectivamente con la família del otro, según los hechos que se aleguen y se comprueben.

21ª Por haber el recusado recibido dádivas de alguno de los litigantes, después de comenzado el pleito.

ESTUDIO 41.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Este número copiado, que es el último, es el mismo en los Códigos de 1873 y de 1880.

Digitized by Google

Código de 1838. Este número 21 es el 7° de este Código de 1838.

Ley de Colombia de 1825.—Este número 21 viene de la parte final del número 8°. de esta ley.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 6, tít. 4. Part. 3ª* «La quinta, que los pleytos que vinieren ante ellos, que los libren bien e lealmente, lo mas ayna e mejor que supieren, e por las leyes deste libro e non por otras. E que por amor, nin por desamor, nin por miedo, nin por don que les den nin les prometan dar, que non se desvíen de la verdad nin del derecho.»

L. 24. tít. 22. Part. 3ª «Malamente yerra el judgador que judga contra derecho á sabiendas. E otro sí el que da algo ó gelo promete, porque lo faga,.... Pero si el jugador diere juyzio torticero por alguna cosa que le hayan dado ó prometido, sin la pena sobredicha que desuso diximos que debe aver aquel que judgare mal á sabiendas, es tenudo de pechar al Rey tres tantos de quanto recibió ó de lo quel prometieran. E si non lo había recibido dévelo pechar doblado al Rei: e sobre todo el juyzio que así fuere vendido por precio, non deve valer maguer que aquel que fué dado por vencido non se alzase dél.»

Ley 9. tít. 1°. lib. II. Nov. Recop. 9. «La recta administración de justicia es inseparable de la integridad y limpieza de los jueces, por cuyo motivo le está prohibido tan seria y repetidamente en las leyes el recibir dones ni regalos, de cualquer naturaleza que sean, de los que tuvieren pleito ante ellos, ó probablemente pudieran tenerlo aunque no le tengan en la actualidad: por tanto se recomienda con toda especialidad á los correjidores la puntual observancia de este capítulo, en la inteligencia de que no se les disimulará nada en esta parte, y los contraventores serán irrmisiblemente castigados, probado que sea el delito, con privación de oficio, inhabilitándolos perpétuamente de exercer ningún otro que tenga administración de justicia, y en volver el cuatro tanto de lo que hubiese recibido; y en cuanto á la prueba de este delito se observará lo prevenido por la ley precedente.»

10.—«De poco serviría que los jueces procediesen por sí con integridad y pureza en la administración de justicia, si indirectamente se dexasen cohechar por medio de sus familiares y dependientes; en cuyo concepto serán responsables los corregidores como si por sí mismos recibiesen dones y regalos prohibidos, é incurrirán en las mismas penas, siempre que se les probare que por malicia, omisión ó condescendencia permiten que los reciban sus mujeres, hijos y demás familiares y domésticos. Por la misma razón deberán celar también con el mayor cuidado que los Oficiales de justicia, dependientes de su tribunal, procedan con la misma integridad y pureza, castigándolos en caso de contravención, con las mismas penas impuestas por las leyes; y estarán siempre á la mira de que las justicias de su Distrito se porten como corresponde en esta parte, amonestándolas si no lo ejecutaren; y no bastando, darán cuenta con justificación al Tribunal superior correspondiente.»

DERECHO ROMANO.—«Hæc pœna est ut litem suam judex faciat. Judex tunc litem suam facere intelligitur cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit: dolo autem malo videtur hoc facere, si evidens arguatur ejus vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes; ut veram œstimationem litis præstare cogatur. *L. 15, § 1, Ulp. lib. 21, ad. ed.*»

«Præter hanc pænam, infamia hunc judicen manet.»

«Sic enim, rescribit Constantinus: de eo qui pretio depravatus aut gratia perperam judicaverit, ei vindicta quem lœsserit, non solum existimationis dispendii, sed etiam litis discriminis præbeatur. *L. 2 Cod. de pœn jud. male jud.*»

Penaba el derecho romano al Juez que juzgaba mal, con hacerle responsable del negocio, y se presumía haber sentenciado mal, cuando eran evidentes el favor, el odio ó la corrupción.

Digitized by Google

Además de esa pena se agregaba la de infamia.

Así Constantino dijo en un rescripto que el que se ha dejado corromper por dinero ó juzjado mal por favor. no solo debe indemnizar el perjuicio, sino reparar el daño ante la opinión pública por la pérdida del proceso.

EXPLICACIONES.

Dádivas. Para que tenga lugar la recusación por la causal que examinamos no es menester que haya habido cohecho: basta el hecho de haber recibido el Juez dádivas de alguno de los litigantes después de comenzado el pleito; porque la aceptación de éllas, cuando ya existe la litis, da motivo para sospechar de la rectitud del funcionario, colocándose en una situación que las leyes quieren evitar por indecorosa y no digna de su delicado puesto. La circunspección misma rechaza aceptar esos presentes. Claro que si ha habido cohecho, no es preciso que esté ya comenzado el pleito, porque el pacto no deja de ser criminal porque haya precedido al litigio. Pero como el legislador reconoce la casi imposibilidad de probar el delito, sea ó no durante el pleito, no exije tal prueba ni semejante grado de delincuencia para la recusación, fijándose en el hecho de haber recibido dádivas por inocentes que parezcan, pues por lo menos revela cierta familiaridad con el donante, cierta falta de circunspección y de decoro, indigna de un magistrado recto y delicado, que le hace sospechoso á los ojos de la parte contraria.

Art. 118. No hay lugar á recusación porque exista una de las causas expresadas, entre el funcionario judicial y el tutor, curador ó apoderado de alguno de los litigantes, y los miembros, jefes ó administradores del establecimiento, sociedad ó corporación que sea parte en el juicio, á menos que dicha causal sea alguna de las expresadas en los números 1°, 2°, 3°, 4°, 12° y 18°.

ESTUDIO 42.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—El artículo copiado es el 59 de los Códigos de 1873 y de 1880; pero la excepción estaba concebida en el de 1873 así: «*á menos que estas personas tengan interés directo y personal en el pleito.*»

Código de 1838. El artículo 2°. de este Código de 1838 es igual al 59 del Código de 1873, reformado en 1880 y conservado así en el actual.

Ley de Colombia de 1825.—El artículo á que nos referimos viene de esta ley, en el mismo sentido del Código de 1873.

Derecho Español.—*Ley 7, tit. 22, lib. 5, Nov. Recop.* «Prohibimos y de-
lemos que en el nuestro Consejo y en los demás Consejos y Tribunales
esta nuestra Corte, ni en las Chancillerías ni Audiencias de estos nuestros
nos ninguno pueda ser Abogado, directe ni indirecte, en causa alguna en
su padre, hijo, yerno ó suegro fueren jueces; y en los demás juzgados
que hubiere un solo Juez, no pueda abogar en manera alguna padre, ni
, ni yerno, ni hermano, ni cuñado del tal Juez, so pena de 10.000 ma-
dis para la nuestra Cámara, Juez y denunciador por iguales partes: lo
mandamos se practique y entienda, así en los pleitos y causas que se
eren despues de esta nuestra ley y pragmática, como en los pendientes en

Digitized by Google

el dicho nuestro Consejo y los demás Consejos y Tribunales de nuestra Corte, y en las Chancillerías y Audiencias y Juzgados de estos Reinos.»

Ley 6, tit 3, lib. 11, Nov. Recop. «Mandamos que en los lugares donde hobiere copia de Escribanos, las demandas que se hobieren de poner ante las justicias no se puedan poner ni pongan ante Escribano alguno que sea hermano ó primo-hermano del que así pusiere la tal demanda; y que las nuestras justicias lo hagan así guardar. Y así mismo mandamos que ningún padre, ni hijo, yerno, hermano ni cuñado del Escribano ante quien pendiere cualquier causa, no pueda ser Abogado ni procurador en ella, así en nuestra Corte como fuera de ella.»

EXPLICACIONES.

Causales que obran respecto del representante. Según el artículo á que nos contraemos, las causales de recusación obran solo respecto de las partes personalmente, y no respecto de sus representantes, á menos que sean de las que este artículo exceptúa, que son las de parentesco y afinidad, interés directo, sociedad de interés, amistad y enemistad. En verdad el legislador cuenta, como debe contar, conque las funciones judiciales no se encomendarán á personas capaces de sacrificar la justicia, de violar la ley y torturar su propia conciencia por complacencias ó mezquindades de tan ruin linaje como para satisfacer pasiones en favor ni en contra de quien no es sino mero representante de la parte. Si éste puede tener el interés de ser mejor recompensado cuando triunfa, ó de conquistar crédito con sus victorias forenses, el funcionario tiene el interés, más poderoso aún, de conservar su puesto, y mantenerse en su carrera con buena reputación, con méritos para con la administración á quien sirve y con estimación y aplauso de sus conciudadanos. Con todo, nuestro mismo sistema alternativo, los intereses de partido en las localidades, lo licencioso de los tiempos, la irritabilidad de las pasiones aun por la presunción y mal entendido orgullo; y las mismas enseñanzas de la práctica, han aconsejado no confiar demasiado en los funcionarios y aumentar las precauciones para asegurar la mayor imparcialidad. Hé ahí, por que la excepción que antes se limitaba solo al caso de tener interés directo y personal en el pleito, se ha extendido á los casos expresados en los seis números que designa el artículo; identificando entonces al representante con el representado, para poner á éste más á cubierto del influjo de semejantes causales en el ánimo de un funcionario poco escrupuloso ó demasiado susceptible y ligero.

Ya desde la legislación española se vé al legislador prefiriendo imponer al apoderado la prohibición de ejercer ante tribunal ó escribano con quien median relaciones de parentesco, limitándolo al primer grado en la línea ascendente ó descendente, cuando se trata de tribunal colegiado, y extendiéndolo á hermanos y cuñados si el tribunal es unipersonal.

Art. 119. El funcionario judicial que conozca que en su persona concurre alguna causa de recusación, está obligado á declara-, sin aguardar á que se le recuse, para que las partes, dentro e los dos días siguientes, manifiesten su allanamiento ó contradi- á que siga actuando el impedido.

Si del expediente apareciere que la causa era conocida l funcionario, y que no obstante, éste retardó la declaratoria re- tiva, dando lugar á actos que gravaran la parte, ésta tiene de-

Digitized by Google

á pedir al superior que le imponga una multa que podrá alcanzar hasta mil bolívares, con aplicación en favor de la parte.

La declaración de que habla este artículo se hará en un acta en que se expresen las circunstancias de tiempo, lugar y demás del hecho ó hechos que son motivo del impedimento; y además deberá expresar la parte contra quien obra el impedimento.

Art. 120. El juez ó funcionario impedido podrá continuar en sus funciones, si convinieren en ello las partes ó aquella contra quien obrare el impedimento; excepto si es el de ser el recusado cónyuge, ascendiente, descendiente ó hermano de alguna de las partes, ó el de tener interés directo en el pleito, siendo el recusado juez ó conjuez.

Los apoderados no necesitarán autorización especial para prestar su consentimiento en este caso.

Art. 121. La parte ó su apoderado debe manifestar su allanamiento, firmándolo ante el Secretario ó Canciller del tribunal, dentro de los dos días siguientes al en que se manifieste el impedimento.

Pasado este término no podrá allanar al impedido.

Art. 122. Si el funcionario allanado no manifestare, en la misma audiencia ó en la siguiente, que no está dispuesto á seguir conociendo, queda obligado á continuar desempeñando sus funciones, caso de no ser el impedimento de los que según el artículo 120 no dejan al impedido la facultad de continuar conociendo en virtud del allanamiento.

Art. 123. El juez á quien toque conocer de la inhibición la declarará con lugar, si estuviere hecha en la forma legal y fundada en alguna de las causales establecidas por la ley. En caso contrario, se declarará sin lugar y el juez continuará conociendo.

Lo dispuesto en este artículo deja á salvo el derecho de recusación que puedan usar las partes.

Art. 124. Si el juez inhibido perteneciere á un tribunal colegiado, el Presidente ó el funcionario que haga sus veces resolverá dentro de tres días, y sin apelación sobre el impedimento, salvo disposiciones especiales.

Si todos los miembros del tribunal colegiado se hubieren inhibido se procederá como en el caso de haber sido recusados, de conformidad con el artículo 132.

Art. 125. Si el inhibido fuere cualquier otro funcionario, el juez de sustanciación resolverá, sin apelación, sobre el impedimento.

Digitized by Google

Art. 126. El día siguiente después de terminada la incidencia sobre la inhibición y de estar el expediente en poder del tribunal que debe continuar conociendo de la causa, ésta seguirá su curso.

ESTUDIO 43.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Los ocho artículos precedentes son los mismos artículos 60 á 67 del Código de 1873, pero reformados algunos, en sentido de facilitar el procedimiento y armonizarlo con las reformas de la ley orgánica; también corresponden á los artículos 61 á 68 del de 1880 con alguna variación y ahora se han reformado el 119 y el 123. El artículo 68 de 1873 igual al 69 de 1880 fué eliminado en el actual.

Código de 1838. El artículo 60 de 1873 vino del 4°. ley 2, tít. 2 de este Código de 1838: el 61 del 5°; el 62 del 6°: el 63, no existía; el 64 del § único del 8°; el 65 no existía: el 66 sacado del 11, enteramente alterado: el 67 viene del 9°; y el 68 viene del 10.

Ley de Colombia de 1825.—Su artículo 131 establece la obligación de inhibición, la facultad de allanar dentro de veinticuatro horas, y la decisión inmediata de plano.

EXPLICACIONES.

Deber de inhibirse. El artículo 119 impone á todo funcionario de los que están interviniendo en una causa, el deber de inhibirse, ó sea, de abstenerse de actuar en élla, cuando conozca que concurre en su persona alguna de las causales legales de recusación, expresando en un acta el hecho ó hechos que constituyen el motivo, con las circunstancias de lugar, tiempo y demás; de modo que no basta indicar la causal, sino que deben manifestarse los hechos circunstanciados, con indicación del lugar y tiempo en que pasaron, las personas que los presenciaron, los motivos que dieron lugar á ello, y lo demás conducente á hacer conocer el hecho en todos sus detalles esenciales y la parte contra quien obra la causal. Así, si se alega v. g. parentezco, deberá expresarse cuál sea, con qué parte y por dónde y cómo viene: si se alegan injurias ó amenazas, cuándo y donde tuvieron lugar, en qué consistieron, quién las infirió, con qué ocasión, ante quiénes etc. Con esa disposición quiere el legislador impedir las excusas vagas, realmente infundadas, ó de simples escrúpulos, quitando la facilidad de echar mano á una de las tantas causales legales, y alegarla de modo abstracto é indefinido; por no ser presumible que se inventen hechos detallados, absolutamente falsos, para cumplir esa exigencia de la ley, con el sólo propósito de descartarse de un asunto. El cumplimiento del deber de inhibirse, sin aguardar una recusación, es más digno de un funcionario de conciencia, cuando concurre verdadera causal; pero es una deserción del deber, si no prueba de debilidad ó de parcialidad, la inhibición fundada en pretextos fútiles ó fraguados.

Allanamiento y su término. Dentro de dos días después de la inhibición podrán las partes manifestar su allanamiento ó contradicción á que siga actuando el inhibido. Deja la ley á los litigantes ese derecho, porque puede suceder que, no obstante la existencia de una causa real de recusación, merezca el funcionario la plena confianza de los interesados.

Como las causales de recusación, obran de ordinario solo en contra de una parte, como la amistad ó enemistad con una, la opinión favorable á ésta ó á aquella, etc., y pocas veces contra ambas, expresa el artículo 120, que la

Digitized by Google

parte ó su apoderado contra quien obrare el impedimento, debe hacer el allanamiento; y entonces podrá el Juez ó funcionario continuar en sus funciones. Conviene tener presente que si en abstracto es verdad que la generalidad de las causales obran de ordinario solo contra una parte, en el caso concreto puede suceder que una, de esa naturaleza, afecte á ambas, pues bien puede ser que el funcionario sea pariente en igual grado, ó amigo ó enemigo, ó tutor, curador, heredero presunto, donatario, etc., de una y otra parte; casos en los cuales el allanamiento debe ser hecho por ambas, para que el funcionario pueda continuar actuando. Dos excepciones hace el artículo, el de que el impedimento consista en ser el recusado cónyuge, ascendiente, descendiente ó hermano de alguna de las partes; y el de tener interés directo en el pleito, siendo el recusado Juez ó conjuez. En tales casos, el allanamiento no basta para habilitar al Juez; porque sería irracional y absurdo, motivo de justa censura, é indigno de la justicia, permitir la ingerencia del funcionario público en quien concurren esas causales, en el asunto que se ventila. La ley lo prohibe con sobrada razón.

El artículo 121 establece la forma del allanamiento diciendo que ha de hacerse en acta, ó sea diligencia firmada ante el Secretario ó Canciller. Pero agrega que sea dentro de dos días después de la inhibición; y como el artículo anterior del Código precedente hablaba de veinticuatro horas, parecería una contradicción ó una inconsecuencia de la ley. El legislador uniformó el término en las dos disposiciones para remediar ese defecto. Pasados los dos días no puede ya hacerse el allanamiento.

Cuestión de allanamiento fuera del término. Se discutió, sin embargo, en un tribunal colegiado, si no manifestado el allanamiento dentro del dicho término, llamado, pero no juramentado aún, un sustituto que venía en reemplazo del inhibido, tenía eficacia una exposición de ambas partes, en la cual la interesada allanaba y la otra convenía en que el funcionario siguiese conociendo. La ley en verdad, cierra la puerta á aquel contra quien obra el impedimento, que ha dejado correr los dos días para allanar, pero no por eso, nos parece, que prohiba el acuerdo de las dos partes; y como en materia de jurisdicción y de su prorrogación, la ley acata la voluntad de aquéllas, en cuanto no es de orden público, no encontramos obstáculo para la eficacia de ese allanamiento común, mientras otro funcionario no haya aprendido ya el conocimiento tomando el puésto del inhibido. *Ubi partes sunt concordes nihil ad judicem*, decía el derecho romano.

Continuación ó nó del funcionario. Según el artículo 122, después del allanamiento de la parte, si el funcionario no quiere continuar en sus funciones como puede hacerlo, debe manifestar en la misma audiencia ó en la siguiente, su negativa á seguir actuando; si así no lo hace, queda obligado á continuar, con tal que el impedimento no sea de los exceptuados en el artículo 120 que no permiten tal continuación. El solo silencio, pues, del funcionario le obliga á ésta: su expresa negativa es la que le exime, fuera de esos casos de excepción en que es la ley la que lo separa.

Inhibido el Juez, allanado por quien ó quienes corresponda, y consentido expresa y tácitamente en continuar actuando, concluye la incidencia, á menos que el motivo sea alguno de los dos casos de excepción, parentesco ó interés directo. Pero inhibido y no allanado: ó inhibido, allanado y no consentido en seguir actuando: ó inhibido en los dos dichos casos de excepción, aun siendo allanado, la incidencia continúa; y para darle solución, se pasan los autos á quien toque conocer de la inhibición.

La respectiva ley orgánica de tribunales determina quién es el llamado á este conocimiento. Antes era algún Juez de igual categoría del mismo lugar, ó inmediato: después se elegía por suerte, de un número de personas designadas á

Digitized by Google

principios de cada año; y por fin se ha establecido el sistema de formar para cada puesto de Juez una terna ó quinaria ó senaria, de la cual se elige el principal, y para suplir á éste se van llamando los demás por el orden que ocupan, cada vez que es necesario. Esto en el Distrito Federal; que en los Estados hay que consultar su respectiva ley orgánica para hacer el llamamiento.

De que juzga el Juez de la inhibición. El Juez llamado á conocer de la inhibición, juzga solo de su legitimidad, esto es, de si la causal alegada es alguna de las que la ley ha designado como motivo de recusación, según se ha visto ya, y si ha sido hecha en la forma legal, es decir, expresando las circunstancias necesarias para que el fundamento quede bien determinado. No vá á inquirir si es verdad lo alegado, porque la ley dá crédito á la palabra del Juez inhibido. Si encuentra legítima la inhibición, así debe declararlo; pasando los autos á quien deba suplir al inhibido, según la ley orgánica, si no fuere él mismo el llamado á ello, conforme á esta ley, en cuyo caso retiene el expediente para seguir actuando como se dirá. Pero si encontrare ilegítima la inhibición así lo determinará; y quedará concluida la incidencia.

Inhibición en Tribunal Colegiado. Lo precedente se refiere, como está dicho, al caso de ser el inhibido Juez de un tribunal unipersonal. Si pertenece á un tribunal colegiado, entonces según el artículo 124 el Presidente ó el que haga sus veces, resolverá dentro de tres días, y sin apelación, sobre el impedimento, esto es, sobre si es ó no legítima la causal expuesta por el vocal inhibido. De suerte que entonces también quedará terminada la incidencia con la resolución. Este sistema es sencillo, y se creyó mejor que el que venía de atrás, en que había necesidad del aparato de competencia ó cuestión entre Jueces, y ocurrir á la Corte Suprema para la resolución.

Cuando todos los miembros del tribunal colegiado se han inhibido, se procede como en el caso de recusación previsto en el artículo 132, que es sacar por suerte de un número triple el que haya de resolver sobre la inhibición, como se verá.

El artículo 125 se refiere al caso de ser el inhibido cualquier otro funcionario; y dispone que al Juez de sustanciación toca resolver sobre el impedimento, sin apelación. De modo que si el inhibido es un Juez comisionado, el secretario de la causa, un asesor nombrado, un experto ú otro, el Juez de sustanciación de la causa, resuelve de plano y sin apelación. Si encuentra legítima la abstención ó inhibición la declara así, y revoca la comisión y la dá ó no á otro, elige nuevo Secretario, nombra otro asesor, manda á la parte elegir otro experto, según el caso, y dicta cualquiera otra disposición necesaria, como habilitar otro portero, etc. Y si encuentra ilegítima la inhibición, así lo resuelve y continúan las cosas como venían.

Contradicción de parte á la inhibición. En los casos de inhibición á que se contraen los artículos que hemos estudiado, la ley limita la función del llamado á decidir, á la legitimidad ó ilegitimidad de la inhibición, presumiendo la verdad de la causal alegada. Pero ¿si la parte interesada contradice esa verdad y presenta pruebas auténticas de lo contrario, deberá desestimarlas el Juez, ateniéndose solo á la presunción? Tal presunción no es de las declaradas *juris et de jure*, que no admiten prueba contraria; y en artículo expreso de este mismo Código se manda á los Jueces atenerse á la verdad, prescindiendo de las sutilezas y de los puntos de mera forma. La parte contraria pudiera también producir algún otro recaudo fehaciente, oportunamente. ¿Cual será el deber del Juez ante esa actitud de las partes? El no puede abrir discusión probatoria, porque los términos de la ley no se lo permiten; pero en atención á la disposición citada que hace prevalecer la verdad sobre la presunción y sobre la mera forma, no podría desechar esos elementos traídos por las partes dentro del término que dá la ley para decidir; y los desechará si no son documentos públicos, ó los estimará según el mérito que hayan de tener en el caso. Supóngase que un Juez se inhibe por creerse heredero presunto de una parte según

Digitized by Google

testamento otorgado: y que la parte contraria presente un testamento público posterior por el cual fué revocado el anterior instituyendo otro heredero ¿deberá prevalecer el error sobre la verdad y desecharse esa prueba? Imposible nos parece.

Continuación de la causa. Conforme al artículo 126, concluida la incidencia sobre inhibición, y estando el expediente en poder del tribunal que debe continuar conociendo, la causa sigue su curso. Según eso, sigue su curso, así cuando la incidencia concluye legalmente sin pasar adelante, v. g. en el caso de estar convenido el allanado, expresa ó tácitamente, en seguir conociendo; ó en el de ser la causal una de aquellas excepciones en que no le es permido continuar, como en el caso de decisión librada por quien corresponda, al siguiente día de la terminación, con tal que el expediente esté en poder de quien ha de continuar conociendo. Las partes no necesitan aviso ni citación, porque su deber es estar en el juicio, y se les supone instruidas de la marcha de su negocio.

Art. 127. La recusación de los jueces y secretarios se intentará en cualquier estado del negocio hasta un día antes de aquel en que, conforme á la ley, debe procederse á la relación.

En caso de que, fenecido el lapso probatorio, un nuevo juez ó secretario entre á intervenir en la causa, las partes tendrán el derecho de recusarlo por cualquier motivo legal, dentro de los tres días siguientes á su aceptación.

Los asociados, asesores, peritos, prácticos, intérpretes y demás funcionarios ocasionales, podrán ser recusados en los tres días siguientes á su aceptación.

Pasados dichos lapsos no se admitirá en ningún caso la recusación; pero quedará á la parte interesada el derecho de acusar al funcionario que haya intervenido en el asunto, á sabiendas del impedimento legítimo.

Art. 128. Ninguna parte podrá intentar más de tres recusaciones en una misma instancia, bien versen sobre el asunto principal, bien sobre alguna incidencia, ni recusar funcionarios que no estén actualmente conociendo en la causa ó en la incidencia; pero en todo caso tiene la parte expedito el recurso de acusar al que haya intervenido con conocimiento de impedimento legítimo.

Para los efectos de este artículo, se entenderá por una re- c ación la que no necesite más de un mismo término de prue- b aunque comprenda varios funcionarios.

Art. 129. La recusación se propondrá por diligencia ante el t unal correspondiente, exponiéndose las causas de ella.

Si la recusación se fundare en un motivo que la haga ad-

Digitized by Google

misible, el recusado, en la audiencia siguiente, informará ante el secretario ó canciller del tribunal, indicando lo conveniente para la averiguación de la verdad.

Si el recusado fuere el juez mismo, extenderá su informe á continuación de la diligencia de recusación, dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Art. 130. La exposición del juez, conjuez ó funcionario del tribunal, manifestando su impedimento, ó la recusación de alguno de ellos intentada por cualquiera de las partes, suspenderá el curso de la causa, hasta la decisión de la incidencia.

Art. 131. Cuando el que manifieste el impedimento fuere allanado, cesará la incidencia desde que exprese su voluntad de seguir conociendo, ó desde que según la ley se presume esa voluntad.

Art. 132. Si el recusado es el juez de un tribunal unipersonal, se pasarán los autos, para todos los efectos subsiguientes, á la autoridad que indique la ley orgánica de tribunales.

Si perteneciere á un tribunal colegiado, conocerá de la incidencia el Presidente ó el funcionario que haga sus veces, salvo disposiciones especiales.

Si todos los miembros del tribunal colegiado estuvieren impedidos ó recusados, ellos mismos sacarán por suerte en audiencia pública, señalada con un día de anticipación, dentro de un número triple por lo menos, el juez que haya de conocer de la incidencia.

Art. 133. A este fin, cada tribunal colegiado formará en los primeros quince días del mes de enero de cada año, una lista de personas hábiles para ser miembros del tribunal, en número cuádruplo de los individuos de que se componga el mismo, dentro de los cuales se elegirán los que han de ser insaculados con arreglo á lo dispuesto en el artículo anterior. Si alguno de la lista está notoriamente impedido y no queda por ello número triple para la insaculación, los miembros naturales del tribunal suplirán la falta, nombrando las personas que se necesiten.

Si debieren ser llamados abogados. y no los hubiere ó no estuvieren expeditos, se nombrarán ciudadanos de honradez y aptitudes, mayores de edad.

Art. 134. Si el recusado fuere algún otro funcionario, [illegible]cerá el juez en los tribunales unipersonales, y en los colegios, el miembro á quien corresponda la sustanciación de las cosas, nombrando, en uno ú otro caso, quien supla al recusado, [illegible] funciones son necesarias en la incidencia.

Digitized by Google

Art. 135. El juez á quien se pase el expediente admitirá las pruebas que el recusante, el recusado ó la parte contraria de aquél quieran presentar dentro de los ocho días siguientes, que correrán desde aquel en que reciba el expediente, y sentenciará al noveno, sin admitirse término de distancia. Pero si renunciaren aquel término y el juez no creyere conveniente mandar evacuar de oficio alguna prueba dentro de él, se pronunciará sentencia dentro de veinticuatro horas después de haberse recibido el expediente. Lo mismo se hará si el punto fuere de mero derecho. El juez recusado no podrá ser obligado á contestar posiciones; pero podrán exigírseles informes, que extenderá por escrito, sin necesidad de concurrir ante el juez que conoce de la recusación.

Art. 136. Declarada legal la inhibición ó con lugar la recusación, se suplirá al funcionario impedido con arreglo á la ley orgánica de tribunales.

Art. 137. El día siguiente á aquel en que se reciban los autos por el tribunal que haya de seguir conociendo, ó de librada la sentencia, si el tribunal es el mismo que conoció de la recusación, continuará la causa su curso desde el estado en que se hallaba cuando se intentó aquélla, sin necesidad de providencia.

Art. 138. Declarada sin lugar la recusación, ó desistiendo de ella el recusante, pagará éste una multa de cien bolívares, si la causa de recusación no fuere criminosa ni de manifiesta mala fe, y de cuatrocientos bolívares si lo fuere. Si el recusante no pagare la multa dentro del tercero día, sufrirá un arresto de tres días en el primer caso y de doce en el segundo.

Si la causa de la recusación fuere criminosa, tendrá el recusado acción de injurias contra el que la haya propuesto.

Art. 139. El funcionario recusado que quiera hacer uso de dicha acción contra el recusante, debe abstenerse en todo caso de seguir interviniendo en el asunto.

Art. 140. Aunque no se haya agotado el derecho de recusación, no se admitirá nueva recusación á la parte que no hubiere satisfecho la multa de que habla el artículo 138, ó sufrido el arresto que expresa ese mismo artículo.

Art. 141. No se concederá apelación de las providencias ó s encias que se dicten en la incidencia de recusación.

Art. 142. Son inadmisibles: la recusación que se intente sin e resar motivos legales para ella: la intentada fuera del tér- r no legal; ó la que se intente después de haberse propuesto t en la misma instancia, ó sin pagar la multa ó sin sufrir e arresto en que se haya incurrido en una recusación anterior, s el artículo 138.

Digitized by Google

Art. 143. Ni la recusación ni la inhibición tienen efecto alguno sobre los actos anteriores.

Art. 144. El mismo juez que conoce de la recusación, aunque no esté llamado á conocer de la causa, podrá conocer de cualquiera solicitud sobre el secuestro, arraigo ó prohibición de enagenar, mientras el expediente estuviere en su poder, conforme á la ley.

ESTUDIO 44.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Los artículos insertos son los mismos 69 á 86 de este Código, conservados en los artículos 70 á 87 del Código de 1880, con algunas alteraciones, que también se han hecho en el que estudiamos.

Código de 1838. Los artículos de 7 á 31, *Tít.* 2º, *Ley* 2ª, de este Código de 1838, contienen sustancialmente las mismas disposiciones de procedimiento, de conformidad con la organización que entonces regía, aunque con orden distinto en los artículos.

Ley de Colombia de 1825.—Desde el artículo 122 hasta el 145 contiene esta ley un procedimiento semejante al que se ha mantenido después, arreglado á la organización de aquella época, notándose sí que no admite la recusación después de citación para sentencia, sino por causas supervenientes ó ignoradas: que no limita el derecho á tres recusaciones: que la incidencia se lleva en cuaderno separado: que no se interrumpe el curso de la causa hasta ponerlo en estado de sentencia; y que sólo exceptúa el caso de interés en la causa para que no pueda continuar conociendo el allanado.

Derecho Español.—*Ley 26, Tít.* 2º, *Lib. II, Nov. Recop.*: « Ordenamos y mandamos que de aquí adelante las recusaciones que las partes pusieren á los del nuestro Consejo, Oidores de las nuestras Chancillerías y Audiencias y Jueces de ellas las pongan antes de los quince días próximos é inmediatos al que se hubiese señalado para votar el pleito, salvo si las causas hubieren nacido dentro del término de los dicho quince días, y que esto se entienda también para en caso que el dicho pleito por alguna causa no se votare en el día señalado, y pasare adelante, que en este tiempo no se pueda poner recusación sino por causas nacidas después; y si el dicho pleito se votare y remitiere, los Jueces que se hallaren en la remisión no han de poder ser recusados, sino por causas nacidas después de la remisión. »

Ley 22, Tít. 4º. *Part.* 3ª: « ..... por ende tuvieron por bien los sabios antiguos que si el Juez de quien sospechan es delegado, quel pueden desechar antes que el pleyto sea comenzado por demanda e por respuesta, afrontándolo ante omes buenos, e diciendo ante éllos cómo lo ha por sospechoso, e por esta razón non quieren mover pleyto nin responder en juyzio antel, jurando el que esto dixere, si le demandaren la jura, que lo non dixe maliciosamente por alongar el pleyto, mas porque ha miedo e sospecha del [illegible]. E después que lo oviere assi dicho e jurado, non le deve el judgador re-miar de responder antel, maguer non le diga por que razón lo ha po-pechoso. Ca según es establecimiento de las leyes antiguas, non ha po- lo decir, si non quisiere..... »

Ley 5ª, *Tít.* 2º. *Lib. II, Nov. Recop.*: « Porque si alguna de las [illegible] recusare á los de nuestro Consejo ó al Presidente y Oidores; ó á cu[illegible] dellos; que los otros que quedaren..... vean luego y examinen el es[illegible] la recusación; y si las causas en él contenidas son justas y prob[illegible]

Digitized by Google

tales, que probadas, quedaría justa la recusación, que en tal caso la admitan; y si no fueren tales que se deban recibir, no admitan la tal recusación, ni se ponga el escrito en el proceso, y condenen á la parte que lo puso en tres mil maravedís por la recusación de cada Juez recusado; y de la condenación y ejecución de esta pena non haya lugar á suplicación. »

Ley 19, Tít. 2°, Lib. II, Nov. Recop.: « Otrosí ordenamos que el que recusare alguno de los dichos Jueces por causa de parentesco ó afinidad, sea obligado á declarar en particular el grado del tal parentesco ó afinidad, y el medio y causa de donde viene; y que no haciendo la dicha declaración no sea admitida la tal recusación, y que en las recusaciones que se pusieren á cualquiera de los dichos Jueces por causa de amistad ó enemistad, sea obligada la parte que la propusiera á declarar y expresar en particular las causas y medios de la dicha amistad ó enemistad; y de otra manera no sea admitida la dicha recusación, aunque diga que es amigo íntimo ó capital enemigo..... »

Ley 2ª, Tít. 11, Lib. 5º, Recop. de Ind.: « Ordenamos que las peticiones de recusación de Presidente, Oidores y Alcaldes hayan de ir firmadas de los abogados; y con graves penas sean compelidos á que las firmen. »

EXPLICACIONES.

Entra ahora el Código á disponer respecto de la recusación; y en su artículo 127 se refiere primero á los Jueces y Secretarios, y luego á los demás funcionarios ocasionales, como asociados, asesores, peritos, prácticos, intérpretes, defensores de matrimonio.

Recusación de Juez y Secretario. Respecto de los primeros, declara que la recusación puede intentarse en cualquier estado del negocio, hasta un día antes de aquel en que, según la ley, deba procederse á la relación; pero, si fenecido el lapso probatorio, un nuevo Juez ó Secretario entrare á intervenir en el negocio, las partes podrán recusarlo, por motivo legal, dentro de los tres días siguientes á su aceptación. Lo primero, venía dispuesto de atrás, y lo segundo es nuevo, debido á la última reforma.

El antiguo Código de Procedimiento enumeraba la recusación entre las excepciones dilatorias, y como también disponía que éstas no se pudiesen proponer sino en el acto de la contestación de la demanda, se tenía por incluida la recusación en esta disposición, y no se aceptaba antes de aquel acto. Dejó después de incluirse la recusación entre las excepciones dilatorias, y entonces se comenzó á permitirla desde que empieza el asunto, ó sea desde que el demandante propone su acción y entra á actuar el Tribunal. Extraño parecerá que, aun sin ser contestada la demanda, se pueda usar el remedio de la recusación; pero si se considera que la imparcialidad del Juez y Secretario se requiere desde el momento que entran á conocer, toda vez que en sus procederes para la citación y para cuanto pueda ocurrir antes de la litis-contestación, pudieran perjudicar á una ú otra parte, faltando á aquella debida imparcialidad, se encontrará justificada la disposición de la ley.

Dado el punto de partida, faltaba solo fijar el otro extremo, esto es, hasta que momento podía recusarse. Claramente lo dice la disposición, *hasta un día antes de aquel, en que conforme á la ley, debe procederse á la relación.* No hay ya lugar á dudas; porque nadie puede alegar ignorancia de lo que la ley dispone respecto del día en que haya de procederse á la relación. No se trata de hechos ó circunstancias que puedan retardar la vista; sino de la ley.

No había previsto ésta el caso, frecuente por cierto, de entrar á actuar en el negocio un nuevo Juez, ó un nuevo Secretario, después de fenecido el lapso probatorio. Ahora declara, que la recusación por cualquier motivo legal,

Digitized by Google

puede entonces proponerse dentro de los tres días siguientes á la aceptación de aquéllos. Concluido el término probatorio, la causa entra en su estado de vista; y no era justo quitar á las partes toda oportunidad de proponer una recusación legítima, contra personas nuevas en su pleito.

Otros sistemas. Sistemas hay, en que se señala un término fatal para proponer la recusación al principio del juicio, no admitiéndolas después, sino por causas supervenientes. Si tal procedimiento puede ser sostenido como estrictamente justo, nos parece mejor el nuestro, que menos riguroso, más liberal, á nadie exige estar al corriente de la vida agena, para saber desde el principio, parentescos, relaciones, antecedentes, procederes, etc., de quienes desempeñan los cargos de Juez y de Secretario. El tiempo, las peripecias del asunto, y la conducta de esos funcionarios en el curso del juicio, son los que van dando oportunidad á la parte para imponerse de cuanto pueda interesarle.

Funcionarios ocasionales. Respecto de los funcionarios ocasionales, dice el artículo que podrán ser recusados en los tres días siguientes, no á su nombramiento, sino á su aceptación. Nada hay que explicar ni censurar á esa disposición, cuya claridad es palmaria, y que da el tiempo suficiente, en armonía con otras disposiciones.

Y para confirmar lo dispuesto, el último aparte declara, que pasados los lapsos dichos, no se admitirá en ningún caso la recusación, pero quedará á salvo el derecho de acusar al funcionario que hubiere intervenido á sabiendas de impedimento legítimo.

Limitación del número de recusaciones. Limita el artículo 128 á tres el número de las recusaciones que puede intentar cada parte en una misma instancia, verse sobre lo principal ó sobre alguna incidencia. A nadie se oculta que sin la limitación, los pleitos serían interminables; la libertad en ese punto haría imposible la administración de justicia. Lo único que puede exigirse es que la limitación no sea estrecha; y no lo es la que contiene la ley, al fijar el número de tres. En nuestra práctica nunca hemos sentido la necesidad de más, ni la hemos observado en otros. Y no se olvide que si son varios los demandantes ó los demandados, ó hay tercerías, cada parte goza del derecho de las tres recusaciones en una misma instancia: lo cual aleja en los asuntos complicados la posibilidad de tener que soportar un funcionario parcial, en quien concurra algún motivo legal.

Funcionario que no esté conociendo. También prohibe el artículo recusar á funcionario que no esté actualmente conociendo en la causa ó en la incidencia. Prematuro y hasta insensato sería tal paso.

Qué se entiende por una recusación. Por último el artículo explica que ha de tenerse por una recusación la que no necesita más de un término de pruebas, aunque comprenda á varios funcionarios, como cuando se recusa á todos los miembros de un Tribunal Colegiado. El número de los recusados no priva á la incidencia de su carácter completo.

Acto de recusación é informe. El artículo 129 preceptúa que la recusación se proponga por diligencia ante el tribunal correspondiente, exponiendo las causas de ella: que si se fundare en motivo admisible, informe el recusado en la audiencia siguiente, ante el Secretario ó Canciller, indicando lo conveniente para la averiguación de la verdad; y que si fuere el Juez mismo extienda su informe á continuación de la diligencia de recusación, dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Ha querido el legislador dar una solemnidad á la diligencia de recusación, exigiendo que sea ante el tribunal mismo, y no ante el Secretario ó Canciller, ni por un escrito; y en nuestro concepto, ha querido también contener á las partes inmoderadas, haciendo que vayan á expresar sus motivos de sospecha ante el funcionario mismo, pues no puede suponerse descaro y cinismo bastantes para ex-

Digitized by Google

poner en presencia del recusado, una calumnia inventada, un cuento urdido, una mentira descarada; cosas todas que serían fáciles en una diligencia ordinaria, y mas, en un escrito redactado en el bufete. La presencia del calumniado ú ofendido, ó blanco de falsedades hirientes, es sin duda un contentivo poderoso: y raro, rarísimo será el ejemplo de semejantes excesos.

Sistema de escritos. Elogian autores españoles su sistema, que requiere que la recusación se haga por escrito firmado por letrado; diciendo que así se evita que se ofenda la dignidad del magistrado; y aun insinúan la necesidad de poder especial para recusar, como antiguamente opinaron Acevedo, Covarrúvias y Gregorio López, contra el sentir del Conde de la Cañada, á quien bastaba que la ley no exigiese tal poder especial. Pero si *el que usa de su derecho á nadie ofende*, empleando el lenguaje moderado que expresamente le impone la ley, ¿qué menoscabo ha de sufrir la dignidad del Juez, por el temor ó realidad de una invención mal sana de una parte, contra quien ha de refluir en último caso, su propia maldad? ¿No le llama la ley á informar cuanto convenga á la averiguación de la verdad, y no está ahí la otra parte para sostener ésta? ¿No se ha de debatir y fallar el punto? ¿Es acaso el funcionario un desvalido, sin fuerza y sin apoyo? No somos tan susceptibles en estas democracias, donde campea la llaneza.

¿Y si por no encontrarse el Juez, se propusiere la recusación por escrito? En verdad que el Secretario no está en el deber de admitir éste; pero si así lo hiciere, por motivo de la ausencia del Juez, no se dará por introducida la recusación, mientras el escrito no haya sido ratificado ante el Tribunal. Así lo vimos practicar antes.

Tribunal correspondiente. Ante el Tribunal correspondiente, dice la disposición. ¿Cuál es ese? El que conoce del asunto, y tiene la jurisdicción sobre todo él; por lo cual, asociados, prácticos, etc. se recusan ante él, incluso el Juez á quien hubiere comisionado. Mas, en cuanto á éste, se ha de tener presente que el artículo 207, dá á la parte á quien asiste motivo para recusarlo, otras facultades más, á saber: la de excitar al comitente á revocar la comisión; y la de proponer la recusación del comisionado ante éste mismo. Y se preguntará ¿por qué tales favores? Por la gran distancia á que puede encontrarse, del comitente, que le imposibilitaría de ocurrir á él en tiempo oportuno, en el momento mismo que lo necesitase.

Por lo demás, el artículo 129 no necesita más explicaciones. Propuesta la recusación legalmente debe informar el recusado en el tiempo que allí se señala. Si no lo hiciere, cometerá una falta, pero la incidencia continuará.

Suspensión de la causa. Cosa diferente será respecto del curso de la causa, pues el artículo 130 dispone, que la inhibición como la recusación del Juez, conjuez ó funcionario suspenderán aquel curso, hasta la decisión de la incidencia. Puesto que está en discusión la sospecha de imparcialidad del Juez ó funcionario, justo es que no se le permita seguir actuando. El carácter preceptivo de la disposición y la naturaleza de la incidencia, que versa sobre una cualidad esencial, envuelven la nulidad de lo que se actúe en contrario, acusando un vicio radical.

Y para comprender bien la extensión del precepto legal, obsérvese que no habla de cualquier funcionario, sino del Juez, conjuez ó funcionario del tribunal; con lo cual se está diciendo que la inhibición ó recusación de otros, como un experto, un intérprete, un práctico no producen tal paralización, sino simplemente el abstenerse ese recusado de aquello en que debiera intervenir. ¿Por qué paralizarse lo demás, sin motivo ni objeto, contrariando el espíritu y fines de la ley?

Despachos librados antes de la suspensión. ¿Y qué suerte han de correr los despachos librados para pruebas, antes de la inhibición ó recusación? Nos parece indiscutible que todo cuanto haya practicado legalmente el comisionado en

Digitized by Google

cumplimiento de su comisión, antes de habérsele comunicado la suspensión, es válido; porque él no puede adivinar lo que pase ante el comitente, y porque la ley le dice claramente que no puede dejar de cumplir su comisión sino por nuevo decreto del Juez. ¿No se tuvo cuidado de hacérselo saber á tiempo? Pues culpa no es suya, que cumplió su deber.

Por supuesto, que en el caso de inhibición, termina la incidencia, desde que allanado el inhibido, manifiesta su voluntad de seguir conociendo, ó se presume esa voluntad conforme á la ley.

Marcha de la incidencia. Trazan los artículos 132 á 134 la marcha de la incidencia, ordenando: que si el recusado es Juez de un tribunal unipersonal, se pasen los autos á la autoridad que indique la ley orgánica, para todos los efectos consiguientes, esto es, para conocer de la incidencia y para sustituir al Juez que resulte no deber seguir conociendo: que si el recusado perteneciere á un tribunal colegiado, conozca de la incidencia el Presidente ó quien haga sus veces: que si todos los miembros del tribunal colegiado estuvieren impedidos ó recusados, ellos mismos saquen por suerte, en audiencia pública designada con un día de anticipación, dentro de un número triple por lo menos, quién haya de conocer de la incidencia: que á ese fin cada tribunal colegiado forme en los primeros quince días de enero de cada año, una lista de personas hábiles para miembros del tribunal, en número cuádruplo de los individuos de que éste se componga, de la cual lista se sacarán los que deban iusacularse para el sorteo; supliendo la falta de número, los mismos miembros del Tribunal, aun con personas mayores de edad, de honradez y aptitudes si no hubiere abogados expeditos; y que si el recusado fuere otro funcionario, conocerá el Juez en los tribunales unipersonales, y el miembro á quien corresponda la sustanciación, en los colegiados; nombrándose quien supla al recusado, si sus funciones son necesarias en la incidencia, como si se trata del Secretario. Todo eso es claro; y á penas si se necesita registrar la respectiva ley orgánica, y tener cuidado de que todo se haga correctamente, á cuyo efecto tiene derecho la parte á presenciar los actos y asegurarse de su legalidad.

Sustanciación de la recusación. El artículo 135 dispone lo conveniente para la sustanciación de la incidencia. El término de pruebas es de ocho días, sin acordar lapso de distancia; y aquel correrá desde el en que el Juez reciba el expediente. Pueden promoverlas el recusante, el recusado y la contraparte, quienes tienen derecho de renuciar dicho término; y aun el mismo Juez puede de oficio mandar evacuar alguna prueba conveniente, dentro del mismo lapso. Si ha corrido éste, se ha de decidir el noveno día; y si ha sido renunciado, si el Juez no ha mandado evacuar de oficio alguna probanza, ó el punto fuere de mero derecho, la sentencia deberá librarse dentro de veinticuatro horas después de recibido el expediente. El Juez recusado no está obligado á absolver posiciones, pero podrán exigírsele informes que extenderá por escrito sin tener que ocurrir ante el Juez de la incidencia. Pero como esos informes deben llevar la correspondiente autenticidad, se extienden ante el Secretario. Así se inquiere la verdad, sin exponer la dignidad del recusado á los abusos de una parte contrariada.

Declarada legal la inhibición ó con lugar la recusación, dice el artículo 136, se suple al impedido con arreglo á la ley orgánica de tribunales. Esta es, pues, la que determina quién haya de entrar en sustitución del impedido. Y en cuanto á ese punto, no será inoportuno advertir que censuran algunos el sistema, según el cual, el mismo que decide la recusación sea el sustituto; porque acaso pudiera tener algún interés y no ser absolutamente imparcial; y porque hay algo repugnante, algo como impropio para una persona delicada, que pudiera entrabar su completa libertad. Tal sistema tiene, empero, en su favor lo expeditivo, y lo raro que ha de ser, el interés en tomar sobre sí las molestias y responsabilidades de Juez cuando queda á la parte el recurso de recusarlo á su vez.

Digitized by Google

Continuación de la causa. Conforme al artículo 137, la causa continúa su curso, sin necesidad de providencia, desde el día siguiente al en que reciba los autos el que haya de seguir conociendo, ó de librada la sentencia, si fuere el mismo que conoció de la recusación. Busca con ello la ley, el impedir retardos innecesarios.

Penas legales. Obvio es que si se declara sin lugar la recusación, lo mismo que cuando el recusante desiste de élla, sigue la causa su curso desde el siguiente día de recibido el expediente por el que había sido recusado. Pero el artículo 138 impone una multa al recusante, de cien bolívares, si la causa de la recusación no fuere criminosa ni de manifiesta mala fé, y de cuatrocientos, si lo fuere; multa que se convierte en arresto de tres días, en el primer caso, y de doce en el segundo, si no fuere pagada dentro del tercero día. ¿Por qué tales penas? Justificada está la del caso de manifiesta mala fé ó criminosidad de la causa de la recusación; porque la ley debe castigar faltas como esas, que son graves, contra la moralidad que debe presidir siempre en los pleitos para que cumplida justicia puedan hacer los Tribunales, y contra el respeto á la autoridad de los funcionarios, sin el cual no pueden mantenerse el orden y el prestigio de la administración de justicia. Y justificada está la del caso de no ser ni criminosa ni de mala fé la causal; ya por ser mucho más benigna; y ya por la necesidad de reprimir el socorrido recurso á las recusaciones para entorpecer la marcha de la justicia, con pérdida de tiempo y aumento de labor y gastos indebidos; limitándolas á aquellas cuya causa legal pueda comprobar lícitamente el recusante. Advertidas las partes de las penas en que incurren por recusaciones que no puedan probar, se abstendrán de aventurarse en caminos injustos ó dudosos.

Causales criminosas. ¿Y cuáles causales podrían considerarse criminosas? La mayor parte de éllas, si se le agrega conocimiento del recusado y propósito de éste de favorecer ó dañar á alguna de las partes; porque se le imputa entonces una falta grave á su deber y una intención dañada. Sin tales aditamentos, ó por la mera naturaleza del motivo, tendríamos como criminosas las fundadas en las causales 9ª, 15ª, 18ª, 19ª, 20ª y 21ª; pues envuelven la imputación de una falta á deberes legales.

Acción de injuria. Deja el legislador al recusado acción de injuria contra el recusante que alegó causa criminosa; pero para poderla usar debe abstenerse de seguir interviniendo en el asunto: lo cual es natural. Y como al Juez de la incidencia toca aplicar las penas, en su fallo habrá de calificar la causal; calificativo que dará ó nó nacimiento á la acción de injurias.

Consecuencia de no cumplir la pena. Todavía va más adelante el legislador, en su propósito de reprimir las recusaciones injustificadas; y declara en el artículo 140, que aunque no se haya agotado el derecho de recusación, no se admitirá una nueva, á la parte que no haya cumplido con la multa ó arresto impuestos en virtud del artículo 138.

Apelación. Declara el artículo 141 que no se conceda apelación de las providencias ó sentencias que se dicten en la incidencia de recusación. Entendemos que los términos generales de la disposición comprenden toda resolución del Juez, desde que es propuesta la recusación hasta que es fallada. Y es la razón, el mismo propósito de que no se alarguen demasiado los pleitos, (aconsejó antes reprimir las recusaciones y ahora no oir tales apelaciones. ; ro, no deberá tampoco permitirse el recurso contra una negativa arbitraria (un Juez, á dar entrada á una recusación fundada en motivo legal, cuando (es admisible? Expresamente declara el artículo 142 que son inadmisibles: a recusación que se intente sin expresar motivos legales para ello: 2º la ntada fuera del término legal: 3º la que se intente después de haberse puesto tres en la misma instancia; y 4º la que se intente sin pagar la ta ó sin sufrir el arresto en que se haya incurrido en una recusación an- Luego, la no comprendida en ninguno de esos cuatro casos, es admi-

Digitized by Google

sible. Pues bien, preguntamos, si á pesar de no estar incluida en ninguno de esos casos, un Juez, por arbitrariedad ó por un error craso, la declara inadmisible, es inapelable esta decisión? No lo creemos. Para nosotros son cosas distintas, oir un medio legal de defensa, sustanciarlo y decidirlo, aunque sea injustamente; caso en el cual se explica que la ley confíe en el criterio del Juez, que ha llenado todos los trámites, y no admite apelación, porque la libertad de la defensa ha sido conservada; y negar en absoluto ese medio legal, no darle entrada, no darle curso; caso en que se produce indefensión, se burla la ley, y se hace imposible suponer que el legislador haya dado el terrible poder de decidir sin debate y sin apelación. Esta debe ser oída, y caso de negativa, ocurrirse de hecho. Lo contrario sería dejar un vicio radical, que ameritaría casación.

Efecto sobre los actos anteriores. Ni la recusación ni la inhibición tienen efecto alguno sobre los actos anteriores, dice el artículo 143. Y eso es tan natural y razonable que no necesita explicación. No hay ni pretexto para pretender lo contrario, que sería una verdadera insensatez.

Permítasenos llamar la atención sobre la necesidad de procurar remover el obstáculo con que se tropieza frecuentemente para encontrar quienes conozcan de las recusaciones, ó entren á suplir al funcionario impedido. Aparte las excusas para aceptar cargos transitorios cuando tienen algo de odioso ó de complicado, se tropieza con la desconfianza de no obtener la remuneración debida, ó con lo miserable de élla; y sucede que se agotan las listas de los que han de ser llamados, que hay que pedir y formar otras, y que las dilaciones se multiplican. Son las partes las llamadas á sufragar los gastos, y no siempre están en capacidad de consignar anticipadamente los fondos necesarios para cubrir los derechos por las audiencias calculadas. Así la justicia no puede ser expeditiva. Es urgente idear é implantar un sistema en que todo eso se facilite, aunque sea con algún sacrificio pecuniario de parte de la renta pública. Es incalculable la importancia de una buena administración de justicia. Fuera de lo hermoso, de lo satisfactorio, de que real, positivamente, se dé á cada uno su derecho, es tan trascendental la confianza de los ciudadanos en la efectividad de sus derechos, en el imperio verdadero de las leyes, que nadie podrá pensar en hacerse justicia por las vías de hecho; y las pasiones, engendros de las injusticias, calmarán, y se ahorrarán sangre, policías, ejércitos, y todo género de calamidades, desde que la paz y la armonía de los asociados descanse sobre la fe en la justicia en todos los ramos de la administración pública.

El artículo 144, final del Título, faculta al Juez de la recusación, aunque no esté llamado á conocer de la causa, para conocer de cualquiera solicitud sobre secuestro, arraigo ó prohibición de enagenar, mientras el expediente estuviere en su poder. Exótica parecerá esta disposición en este lugar, con referencia á un Juez cuya misión es la de conocer y fallar en la incidencia de recusación. Fue obra exclusiva de la necesidad de remediar un abuso que se repetía y amenazaba generalizarse. La práctica había puesto en evidencia que algunos litigantes que, por la naturaleza del juicio ó el estado del procedimiento, temían un secuestro, arraigo ó prohibición de enagenar, ocurrían al subterfugio de proponer una recusación para paralizar el juicio, y tener tiempo de enagenar, de ocultar bienes y aun de marcharse al extranjero. En tal situación, el recusado tenía atadas las manos, y nada podía hacer; y peligroso é inconsecuente habría sido que la ley lo autorizase para conocer de tales solicitudes. Preciso fue, por tanto, dar las facultades al Juez de la recusación para procurar cortar el abuso é impedir la burla de la ley y de los derechos de la contraparte.

Digitized by Google

TITULO V

DE LAS CITACIONES

Art. 145. Es formalidad necesaria para la validez de todo juicio, la citación del demandado para la litis-contestación; citación que se verificará con arreglo á lo que se dispone en este Título.

ESTUDIO 45.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—El artículo inserto es idéntico al de los Códigos de 1873 y 1880.

El Código de 1838 no consagraba el principio por disposición expresa.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 17, Tít. 2º, Libro II, Fuero Juzgo*. « Si algún onme se querella al iuez de otro, el iuez deve lamar aquel por su carta ó por su sello, quel venga responder, en tal manera que aquel mandadero que levar la carta ó el sello, que gela de ante buenos onmes, e después que fuere lamado en tal manera, si quisiere alongar el pleyto, ó non venir quisiere al pleyto, porque se aconde sólamiente, peche cinco sueldos doro á aquel que se querella. E por non querer venir, peche otros cinco sueldos doro al iuez. E si non oviere onde los pague, reciba L azotes antel iuez, en tal manera que por aquestos azotes que non sea difamado. E si solamiente non quisiere venir e non oviere onde pagase los cinco sueldos, reciba XXX azotes sin otra pena. E si aquel que es lamalo al pleyto dixiere que non se ascondió, ó que non recibió el mandato del iuez, ó que lo non despreció, e non le pudiere ser probado por ninguna testimonia, si se quisiere salvar por su iuramento, que non lo fizo por ninguna calomnia, nin por ningún despreciamiento, non deve recebir la pena de suso dicha ni los azotes..... »

Proemio del Tít. 7º, Part. 3ª: «E porque los emplazamientos son raíz e comienzo de todo pleyto, que se ha de librar por los juzgadores, e razonar por los abogados, en razón de contienda que acaezca entre el demandador ó el demandado, por ende queremos fablar dellos.....»

DERECHO ROMANO.—« In jus vœcare autem est juris experiundi causa vocare. *L. 1. Paul. Lib. 4, ad. ed.* »

« Regulariter quævis personæ vocari, et quidem etiam invitæ trahi poterant, non parcebatur senibus. »

Quœdam tamen personæ in jus vocari non possunt. »

Obtinuit etiam est quædam personæ etsi in jus vocari possint, non tamen injectâ possent trati, tales erant matres familias. »

Prætor ait: parentem, patronum, patronam, liberos parentes (quæ) patronæve, in jus sine permissu meo ne quis vocet. *L. 4, § 1, Ulp. ad edic.* »

Digitized by Google

« Jus priscum legis XII tab. circa vocationem in jus, tandem exolevit, máxime sub græcias imperatoribus: et per executores, rei in jus vocari cœperunt; ut videre est in constitutione Honorii et Theodorii, *L. 3°, Cod. de Præscriptione 30, vol 4°*, annorum, et passim in iliis legibus Codici. »

Esos textos dicen: Citar en justicia es llamar ante el Juez para someterle la decisión de un derecho.

Regularmente toda persona puede ser demandada y aun conducida á su pesar, ante el magistrado, aun los viejos.

Hay sin embargo personas que no pueden ser citadas en justicia.

También hay personas que pueden serlo, pero que sin embargo no pueden ser conducidas por fuerza, como las madres de familia.

El pretor dice: que nadie cite en justicia sin mi permiso, á su padre, á su madre, á su patrón, á su patrona, ni á los hijos ó los descendientes del uno ó de la otra.

El antiguo derecho de las XII tablas, sobre las citaciones en justicia, habiendo caído al fin en desuetud, sobre todo bajo los Emperadores griegos, se comenzaron á hacer las citaciones por los hujieres, como se ve por las Constituciones de Honorio y de Teodocio y en muchas otras leyes del Código.

EXPLICACIONES.

Formalidad esencial. Entra ahora el Código á tratar de las citaciones; y como el Rey Don Alfonso nos decía en el principio del Título y Part. citadas, que es raíz y comienzo de todo pleito, nos dice nuestro legislador que es formalidad necesaria para la validez de todo juicio: lo cual quiere decir que sin la citación no es válido ningún juicio.

Recurso del no citado. Si llega á conocimiento del demandado que se sigue juicio contra él sin haberlo citado, tiene el derecho de ocurrir á alegar como punto previo, la falta de citación para que se anule lo hecho; y si resulta en efecto que no fué citado, ó prueba que es falsa la citación que se diga habérsele hecho, debe el Tribunal, en uso de su poder legal de corregir los vicios que puedan anular el procedimiento, reponer la causa y darle el término legal para contestar, teniéndolo por emplazado desde esa declaratoria, pues ya no tendría objeto una citación formal, por el conocimiento que ha tomado del asunto.

Recurso después de sentencia. Si el procedimiento llega á noticia del demandado después de sentencia definitiva contra él, y la falta resulta del expediente mismo, puede, si aun está dentro del término para anunciar casación, hacer uso de este recurso para anular el juicio. Y si la falta de citación no consta del expediente, porque falsamente aparezca habérsele hecho, ó bien haya pasado el término para anunciar dicho recurso de casación, todavía le queda el camino de intentar juicio de invalidación dentro de los meses que para ello dá este mismo Código.

Falta sustancial en la citación. Si la citación se hizo en efecto, pero cometiéndose alguna falta sustancial, será nula, y el demandado tendrá los mismos derechos de que hemos hablado en los párrafos anteriores, para el caso de no haberse hecho ó de ser falsa. Si la falta no es sustancial, y ningún perjuicio ha sufrido el demandado, será válida, y no tendrá de qué quejarse.

Como puede subsanarse el vicio. En todo caso, sea que no haya absolutamente citación, sea que haya sido hecha ilegalmente, el demandado puede

Digitized by Google

subsanar el vicio, ó expresamente haciéndolo constar así en autos, ó tácitamente, no alegando nada respecto de él, y entrando al juicio voluntariamente.

Qué es la citación. La citación, hablando en general, es como se sabe, el llamamiento que hace la autoridad judicial á una persona para que comparezca ante élla con un objeto determinado que se le hace saber. Por el artículo á que nos venimos refiriendo y el siguiente, nuestra legislación distingue entre la citación para la litis contestación, que especialmente se llama emplazamiento, y todos los demás actos de citación, en el mismo juicio, ó en asuntos de otra naturaleza. La diferencia está, no solo en el objeto, sino en el documento ó escrito con el cual se practica; pues en cuanto al modo de hacerla es siempre el mismo. Para la litis contestación en los juicios ordinarios y en otros especiales de mayor cuantía, como de cuentas, de partición, de deslinde, se hace con copia del libelo de la demanda, que ha de tener las condiciones que respectivamente exige el legislador; y en los verbales con una boleta que debe contener en sustancia las condiciones del libelo en los juicios ordinarios. En las otras citaciones, que comprenden citaciones propiamente dichas á las partes, por ejemplo, para posiciones, ó á terceros, como testigos, peritos, prácticos etc; notificaciones, v. g. para hacer saber que una causa paralizada vá á seguir su curso; instrucciones parra ocurrir á imponerse de algo; intimaciones para que se consigne dinero, documento ú otra cosa; se usa simple boleta, en la cual solo se exige la expresión clara de todo lo que es necesario á su objeto, según el caso, como tribunal que cita, nombre y apellido de la persona llamada, causa ó proceso, objeto, término de la comparecencia, fecha y firma de la autoridad.

No es esta la oportunidad de ocuparnos en las condiciones ó requisitos del libelo en los juicios de mayor cuantía, ni de la demanda contenida en la boleta en los juicios verbales, en cuanto á lo que en ello corresponde al demandante, que dejaremos para sus oportunidades. Nos referiremos ahora solo á lo que al Tribunal corresponde hacer para que las citaciones se practiquen correctamente.

Orden de comparecencia. Al pié de la copia del libelo, ó en la boleta del emplazamiento, debe el Juez poner su mandato de comparecencia que deberá contener: el nombre del tribunal, la fecha del mandato, ó sea el día, mes y año, el nombre y apellido del citado, la orden de comparecer con expresión de la oportunidad ó sea el día y la hora, y la firma del Juez. Y no debe olvidarse que si se trata de juicio verbal, la boleta debe expresar cuanto la ley especial exige en esta especie de demandas.

Como en los juicios de mayor cuantía, según hemos dicho, la orden de comparecencia va al pié de la copia del libelo, detengámonos en este punto, para algunas explicaciones.

Fidelidad de la copia. Esa copia debe ser enteramente fiel, y su exactitud va certificada por el Secretario. Si hay inexactitud en la copia ¿será nula la citación? Según la doctrina de los autores, aplicables á este punto, habría que hacer una distinción. Si las alteraciones ú omisiones son en lo sustancial del libelo, de modo que dé lugar á error del citado en punto esencial, la citación será nula; porque mientras el demandado se atiene á la copia, y prepara su defensa tomándola por base, el Tribunal para fallar habrá de atender al libelo mismo, de lo que resultará perjudicada la defensa del reo á quien se ha inducido en error. Pero si las alteraciones no son sustanciales, y carecen de importancia, no habría porque anular la citación hecha, que ningún daño puede producir. En el primer caso el demandado tiene el derecho de pedir que se le dé una copia correcta, devolviendo la errada, y el término legal otra vez para preparar su defensa.

Análoga cosa creemos deber decir cuando la copia tiene palabras enmendadas ó interlineadas, sin salvar; pues como la ley quiere que al

Digitized by Google

demandado se pase copia exacta del libelo, tiene derecho á que esa copia se le dé tal cual la ley la ordena, y que las correcciones se hagan á costa del actor, sin cursar el lapso mientras la ley no quede exactamente cumplida.

Recorramos ahora los requisitos del mandato de comparecencia.

Nombre del Tribunal. El nombre del Tribunal que llama al demandado es impretermitible; porque de otro modo no sabría adonde debiera comparecer, y no podría perjudicarle su inasistencia, causada por una omisión que no puede imputársele. Faltaría la base de la presunción de rebeldía. El caso, como es fácil concebir, puede darse con más probabilidad en las citaciones por boleta, que en las hechas con copias del libelo; porque como en este el actor expresa el Tribunal á quien es dirigido, no sería defecto esencial la omisión en la orden de comparecencia, á menos que en el libelo mismo no apareciese tampoco con claridad, como si se dijese «Ciudadano Juez», ó «Ciudadano Juez competente», ó «Ciudadano Juez Civil», pues entonces faltaría ese requisito esencial para la validez de la citación.

No debe haber incertidumbre. Sostienen algunos autores como válida, la citación hecha para comparecer ante el Tribunal competente ó ante el Tribunal civil, ú otra frase semejante; alegando que como todos están obligados á saber las leyes, no puede el demandado excusarse con su ignorancia de las de la competencia. Pero la opinión contraria, según puede verse en *Carré Chauveau*, tratado de *Ajournement*, está fundada en razones convincentes. En primer lugar no se trata de la ignorancia de la ley, sino de la ignorancia de lo que se demanda, que supone la ley en el demandado desde que ordena darle conocimiento de todo lo que es necesario á juicio del mismo legislador. En segundo lugar, en muchos casos los tribunales competentes son varios, y la ley deja la elección al demandante. ¿Cómo puede saberlo el demandado si no se le hace conocer? Y en fin, las reglas de la competencia son á veces difíciles de aplicar, hasta el punto de que dan lugar á conflictos entre los mismos Tribunales. Si alguno ha de sufrir las consecuencias de esa incerti- ¿por qué ha de ser el citado? ¿Toca á él pedir á una ley oscura, la explicación de un emplazamiento que debía llegarle exento de toda dificultad?

Fecha de la orden de comparecencia. Debe contener la orden de comparecencia la fecha en que se expide, esto es, el día, mes y año; porque esa fecha debe ser cierta en todo tiempo, y de ella pueden partir consecuencias jurídicas de importancia. No creemos, sinembargo, que su sola omisión arrastre la nulidad de la citación. Si el demandado da recibo del libelo, la fecha de ese recibo, ó las declaraciones de los citadores, en que se hace constar el día de la citación, sirve de punto de partida para contar el término de la comparecencia, que es lo esencial. Si llegare á suceder que el recibo no tuviera fecha, ni se hiciera constar el día en que se otorgó, concurra ó no esa falta con la omisión de fecha en el mandato de comparecencia, sí anularía la citación, por la indeterminación en que quedaría el día de la comparecencia.

Nombre del citado. También debe contener el mandato del Juez el nombre y apellido del citado. No se designan las personas ni por solo el nombre ni por solo el apellido, pues de ordinario son comunes á muchos. Hay que expresar ambos para mejor determinación; y aun en España, si no recordamos mal, se exige agregar el apellido materno. Y es obvio que sin la determinación clara de la persona, no puede haber citación válida. Lo mismo sería si se pusiera un nombre ó un apellido por otro. Y ha de entenderse nó del nombre de pila, que los demás no están obligados á saber, sino del nombre que la misma persona acostumbra usar, y por el cual es generalmente conocida.

Orden del Juez y objeto. Y que ha de expresar el mandato del Juez, la orden de comparecencia y su objeto, parece supérfluo recordarlo, pues que es

Digitized by Google

el objeto primordial de la citación, lo que le da caracter al acto. Solo advertiremos que para ello no hay palabras sacramentales.

Citacion por boleta. En las citaciones por boleta, llevando ésta la fecha, la firma solo del citado hace presumir que lo fue en esa misma fecha, desde que no tuvo cuidado de anotar el día, si hubiere sido otro. Si falta la fecha, tanto en la boleta como en la firma del emplazado, la citación sería nula y debería repetirse, por quedar indeterminado el día de la comparecencia.

En las citaciones para la litis-contestación el término de comparecencia se fija por días hábiles, el décimo, el undécimo, etc. En las otras citaciones puede hacerse también para día determinado, el primero, el quince, etc., de tal mes.

Término de distancia. Y es de recordar que la ley da, fuera del término que ella designa, el de la distancia del lugar donde se hace la citación al del asiento del Tribunal de la causa, para concurrir al acto de contestación. Ese término adicional, variable según la distancia, y que se calcula á razón de un día por cada treinta kilómetros, debe ser fijado por el Tribunal en cada caso. Muchos Jueces acostumbran unirlo al otro, y decir al undécimo, al décimo quinto, etc., día hábil después de citado, y otros lo hacen separadamente, diciendo al décimo día, más tantos de distancia.

Y de qué punto á que punto? Y de qué punto á qué punto preciso debe entenderse la distancia? ¿Será de la casa del Tribunal que ordena la citación, á la del Juez á quien se comete? Según *Rouseau* y *Lesney* en su *Diccionario de procedimiento*, que citan una sentencia de la Corte de Burdeos, es de *clocher* á *clocher*, de campanario á campanario. Para nosotros, que tenemos una población muy diseminada, lo estrictamente correcto sería calcular la distancia del centro del lugar del juicio á la casa del demandado, que á veces queda á muchas leguas distante del pueblo de su jurisdicción. ¿Pero dónde encontrar una tabla de distancia, que las fije, no solo de pueblo á pueblo, sino de cada pueblo á los diversos sitios habitados de su jurisdicción? No teniendo tal pauta no queda á los Tribunales otra regla general, que calcular la distancia de la plaza principal del lugar del Tribunal de la causa, á la plaza principal del lugar del Juez á quien se comete la citación, que es como están formadas todas las cartas geográficas y los cuadros de distancia que tenemos.

Citación para comparecer en el término legal. ¿Será válida la citación para comparecer en el término legal? Algunos autores apoyados en la jurisprudencia de varias Cortes francesas, sostienen la afirmativa; más otros, principalmente *Boncenne*, en una disertación que citan *Carré* y *Chauveau* como de una fuerza de lógica y de una abundancia de razones poco común, sustentan la negativa, que también tiene en su favor la autoridad de algunas otras Cortes. Desde que la citación debe expresar el término para la comparecencia, según la ley; y desde que ese término no es siempre uno mismo, sino que varía en los diversos casos, es indispensable fijarlo con precisión en la orden de comparecencia: lo cual no se consigue con la frase general y vaga *en el término legal*, ú otra semejante, que le están expresamente vedadas á los Jueces en nuestro Código.

Término incompleto. En el caso de haber fijado el Juez el término de la
le décima audiencia, y debiendo acordar además la distancia, la omitiese;
ó en hubiere fijado un término más corto que el debido en el caso concreto,
si en los autores la siguiente doctrina de *Merlin:*

«Una de dos, ó el demandado comparece en el término que se le ha fijado,
ó o comparece. Si no lo hace, el Juez debe ordenar que se le cite de nue-
v á costa del demandante. El artículo 5 del Código de procedimiento lo

Digitized by Google

dispone así respecto de los jueces de paz. Si comparece, puede, reclamando contra la mutilación del término, pedir que se le complete todo el que ha querido darle la ley.»

Como se ve, *Merlin* cita un artículo expreso del procedimiento francés, que no tiene el nuestro. Pero aplicando los principios que de ahí se desprenden, podremos decir, que fijado por el Juez el término de su llamamiento, con precisión, sin vaguedad, toca al demandado atenerse á él y concurrir, sin perjuicio de usar del derecho de pedir que le sea completado el término.

Y es de tener presente que el lapso de distancia, por su objeto mismo, no es disminuible; y si en los asuntos de comercio puede abreviarse el de la comparecencia, de un día para otro, ó de una hora para otra, no es dado suprimirlo del todo, ni tampoco eliminar ó mermar el de la distancia; porque así se falsearía el principio de que la citación legal es indispensable para la validez del juicio, como expresamente lo proclama el legislador, desde que se prive al demandado de algún modo, del tiempo que el mismo legislador cree necesario para que pueda comparecer.

Por el contrario, si el término fijado por el Juez fuere más largo del que acuerda la ley, el demandante tiene derecho á pedir que se reduzca al legal, antes que se proceda á citar. Si no lo hace, culpa es suya, y se presume su consentimiento tácito. Y como el demandado no tiene de qué quejarse, pues antes bien se le favorece, la citación es válida, y á élla ha de atenerse.

Fecha y día de la semana. Si en una citación á día fijo, se determina el de la comparecencia por la fecha y además por el nombre del día de la semana. y no concuerdan las dos indicaciones ¿será nula la citación, y caso de ser válida á cual ha de atenerse el demandado? Los autores hacen la siguiente distinción, según decisiones de las Cortes. Si de la contradicción ó desarmonía resulta una duda séria, una verdadera incertidumbre en cuanto al día que ha querido fijarse, es absolutamente, como si no se hubiese señalado término. Si por el contrario las circunstancias del caso disipan toda duda, anular la citación sería un rigor inmotivado. En uno y otro sentido se han librado decisiones citadas por *Carré* y *Chauveau.*

Citación para día feriado. ¿Será nula la citación para día determinado que resulte ser feriado? La doctrina está conforme en que es válida, y en que se entiende para la audiencia siguiente, que es lo racional y á nadie perjudica.

Objeto de la citación. Finalmente el mandato de comparecencia debe indicar el objeto. Así es que para la litis contestación en los juicios de mayor cuantía, se expresa que debe comparecer á contestar la precedente demanda (que vá en copia); y en los juicios verbales se indica en la boleta que ha de comparecer el citado á contestar la demanda que le propone fulano por tal cosa. En las demás citaciones se expresará *para absolver posiciones* etc., *para rendir declaración en tal causa*, según el fin. Si se llegase á omitir la circunstancia de que hablamos, no puede decirse, como regla general, que la citación sea nula. Si es para la litis-contestación en juicio de mayor cuantía, como el libelo va en copia, no sería grave que en la orden de comparecencia omitiese el Juez decir que es para contestar aquella demanda; porque otra cosa no puede entender el demandado, ni ningún daño se le seguiría, pudiendo libremente oponer sus excepciones y defensas, según el libelo de la demanda e tiene á la vista. Si la citación es para contestar demanda verbal, la expre n del objeto es tan esencial, que su omisión deja al demandado en completa ; norancia de lo que de él se exige y su fundamento, pues, es la boleta mi a la destinada á hacérselo saber. No podría, en consecuencia, preparar su - fensa, ni exigírsele que la improvisase en el Tribunal. La citación sería a como falta de un requisito esencial. Si es para algún otro acto del juicio, - penderá de la importancia é influencia en la defensa, y de la exigencia a

Digitized by Google

ley, como *para absolver posiciones, para dar curso á una causa paralizada*, en cuyos casos no sería válida, omitido el objeto, que es lo esencial de la citación misma. En cualquier otro caso, en que la ley no la tiene como sustancial ó indispensable, ó cuando es á terceros, como testigos, peritos, etc., no sería racional declararla nula, si al comparecer el citado puede imponerse del objeto sin acarrear ningún perjuicio.

Para concluir, digamos ahora los efectos que el derecho atribuye á la citación para la litis-contestación.

1ª Previene el juicio, y obliga á comparecer, bajo pena de rebeldía.

2ª Interrumpe la prescripción, aun cuando el Juez sea incompetente, á menos que el emplazamiento sea anulado por defecto de forma: que el demandante desista de la demanda: que deje perecer la instancia; ó que la demanda sea rechazada.

3ª Hace correr los intereses de las cantidades que no los devengaban, ó respecto de las cuales no corren de pleno derecho.

4ª Puede constituir en mala fe al poseedor de la cosa reivindicada.

5ª Determina el valor de la demanda para los efectos de la competencia.

Cualesquiera explicaciónes que requieran otros puntos, la reservaremos para sus oportunidades.

Art. 146. Hecha la citación para la litis-contestación, no habrá necesidad de practicarla de nuevo para ningún otro acto del juicio, ni la que se mande verificar suspenderá el procedimiento, á menos que resulte lo contrario de alguna disposición especial de la ley.

ESTUDIO 46.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—El artículo copiado es el 88 del Código de 1873 y el 89 del Código de 1880; y no tiene antecedente en los anteriores ni en la legislación española.

EXPLICACIONES.

Importancia de la disposición. La importancia de este artículo para la brevedad de los juicios se descubre á su sola lectura. El sistema de traslados y notificaciones frecuentes, por más que se tomasen precauciones contra las dilaciones estudiadas de las partes, embarazaban considerablemente el procedimiento. Repetir las citaciones so pretexto de la mayor importancia de ciertos actos, era ocasionado á evasivas del litigante á quien interesase el retardo del asunto. El artículo ha v do á obviar todas esas dificultades, con establecer que practicado el empla- z iento para contestación, no se necesita repetirlo para la secuela del juicio; d uerte que se entiende que ambas partes están en él, que se tienen como p entes, y se suponen instruidas de cuanto se vá practicando. La situación es i l para ambas: cada cual debe estar vigilante, y atender á su defensa. No o ante, agrega la disposición que si alguna citación se mandare practicar, no s enderá el procedimiento. ¿Se manda citar una parte para posiciones, se le n da instruir de algo? En hora buena, se cita la parte, tienen ó no lugar l ciones, ó se instruye y contesta ó nó, á la instrucción; y el procedi-

Digitized by Google

miento del juicio no se detiene. No hay otros casos de excepción, según el mismo artículo que los determinados en alguna disposición, como el de suspensión del curso de la causa por motivo imputable á las partes, cuando han dejado de concurrir ambas á algún acto que debieran practicar juntas, cuando no han suministrado papel, cuando ninguna ha activado etc. Entonces para que la causa vuelva á seguir su curso, es menester que al pedirlo uno de los interesados, sea citado el otro.

Art. 147. El alguacil encargado de la citación entregará á la persona ó personas demandadas, dentro de tres días, la orden de comparecencia, expedida por el tribunal en la forma determinada para cada caso, en la morada de ellas ó el lugar en que se les halle, si no las encontrare en aquella, á menos que estén en el ejercicio de alguna función pública ó en el templo; y les exigirá recibo, que se agregará al expediente y que en todo caso puede suplirse con la declaración del alguacil y de dos testigos que presencien la entrega, conozcan la persona citada, y determinen el día, hora y lugar de la citación.

Si el alguacil obtuviere recibo, deberá poner á su pié, firmada por él, la siguiente nota:

« Declaro que este recibo me fué entregado por N. N. en tal lugar, á tal hora del día tal de tal mes y tal año »; y así firmado lo entregará al secretario del tribunal, quien pondrá constancia de la fecha de la entrega del recibo.

Si la citación se hiciere con testigos, después de la declaración de éstos y del alguacil, el secretario del tribunal extenderá una notificación, comunicándole al citado las declaraciones recibidas, la entregará en el domicilio ó residencia del citado, y pondrá constancia en autos de haber llenado esta formalidad, expresando la persona á quien la hubiere entregado.

Si la habitación de la persona estuviere fuera de la población en que reside el tribunal, la notificación se fijará á la puerta del local del tribunal.

Art. 148. Si no se encontrare á la persona demandada, el alguacil encargado de la citación dará cuenta al juez. y éste dispondrá, dentro de tercero día, que el secretario del tribunal, acompañado de dos testigos, fije en la puerta de la casa de habitación del demandado, un cartel que contenga el nombre y apellido del demandante y del demandado, el objeto de la demanda, el día y hora de la fijación y los de la comparecencia al tribunal. Otro cartel igual se fijará en el lugar más público del tribunal y se publicará por la imprenta, donde haya algún periódico, y donde no lo hubiere, se pondrán dos carteles más en los lugares más públicos de la localidad. Pasados vein-

Digitized by Google

te días después de hecha la fijación, se le nombrará defensor, con el cual se entenderá la citación.

Nada de esto obsta para que la citación se haga personalmente dentro de los términos mencionados, si se pudiere.

El tribunal procurará que los carteles estén fijos durante los veinte días, haciéndolos reponer cuando falten.

Se pondrá constancia en el expediente de todas las diligencias que se hayan practicado en virtud de las disposiciones de este artículo, suscribiendo el secretario y los testigos lo relativo á la fijación de carteles.

Si el tribunal que conoce de la causa residiere en un lugar distinto de aquel domicilio, la publicación y fijación de carteles deberán verificarse en ambos lugares.

ESTUDIO 47.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los dos artículos copiados son los artículos 90, 91 y 92 del Código de 1880 y los 89, 90 y 91 del Código de 1873, pero con adiciones y modificaciones para mayor acuciosidad en las citaciones, y nuevas precauciones contra las falsedades. Ambos traen su origen de los artículos 5º y 6º. ley 2 tit. 1º del Cod. de 1838.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 1ª tit. 7 Part. 3ª* « Emplazamiento tanto quiere decir como llamamiento que fazen á alguno que venga ante el judgador á fazer derecho ó cumplir su mandamiento. E puedelo fazer el rey ó el judgador ó el portero por mandado dellos . . . . . E los que han poder de judgar por él en su Corte, ó en sus ciudades ó en las Villas lo pueden otrosi fazer por palabra, ó por carta ó por sus omes conocidos, que sean señaladamente puestos para esto . . . . E aun y ha otra manera de emplazamiento contra aquellos que se andan escondiendo, ó fuyendo de la tierra, porque non fagan derecho á aquellos que se querellan dellos. Ca estos atales pueden ser emplazados, non tan solamente en sus personas, mas aun en sus casas, faziéndolo saber á aquellos que allí fallaren de su compaña. E si casas non ovieren, devenlos pregonar en tres mercados, porque lo sepan sus parientes é sus amigos, e gelo fagan saber, que vengan á fazer derecho á aquellos que se querellan dellos; ó que sus parientes ó sus amigos los puedan defender dellos en juyzio si quisieren. E quando el emplazamiento fuere fecho por alguno de los Porteros mayores del Rey, ó por su justicia ó por alguno de los judgadores de las Villas, mandamos que . . . se pueda probar por aquel que lo fiziere con otro testígo, si fuere negado: mas si fuere de los menores porteros tenemos por bien que se pruebe por dos testigos sin el portero, porque non pueda y ser fecho engaño. Pero el emplazamiento que el Rey ó los judgadores de su Corte, fiziren por su palabra, mandamos que sea creido sin otra prueva. »

Ley 14, Tít. 5º, Lib. II, Nov. Recop.: « Porque somos informados que unos Escribanos, Porteros y emplazadores y pregoneros y otras personas tienen cargo y oficio de emplazar en nuestros Reynos emplazan sin mandamiento de nuestras justicias por sólo el pedimento de las partes..... Mandamos y mandamos que de aquí en adelante ningún Escribano, ni Portero, pregonero ni emplazador ni otro oficial que tenga cargo de emplazar, no osado de emplazar ni emplace á persona alguna sin que primeramente le fuere expresamente mandado por nuestras justicias.....; y habiéndose de hacer

Digitized by Google

el emplazamiento fuera de tal lugar y de sus arrabales, les den por escrito los que hobiere de emplazar, firmado de su nombre ó de su Escribano.....; so pena que el Escribano ó qualquier persona de los suso dichos emplazadores, que sin proceder el dicho mandamiento, emplazare, que pague á la parte que emplazare todas las costas y daños que por razón de dicho emplazamiento ficieren y se les recrecieren, y caya e incurra cada vez en pena de 50 maravedís para nnestra Cámara; y que la tal citación y emplazamiento sea en sí ninguno. »

Ley 2ª, Tít. 7°, Part. 3ª: « Otrosí decimos que non deben ni pueden ser emplazados los que han á ser á día señalado con el Rey en batalla, ó con sus señores en fazienda, ó en lid, ó los que fincan para guardar villas ó castillos ó otras fortalezas que tovieren del Rey ó de otrós sus Señores, seyendo en tiempo que temiesen peligro. Eso mismo decimos de aquellos que fincan para apaciguar la tierra si la vieren levantada ó en bullicio, si fueren omes para ello; ó si fincaren para amparar tierra ó Reyno de su Señor en tiempo de guerra. O los que fueren enfermos de grandes enfermedades, ó feridos de guisa que no pudiesen venir, ó presos; ni los que fiziesen bodas, que non deven ser emplazados eu aquel día que las ficieren, nin aquellos que les muriere alguno en su casa, que deven luego soterrar, ó los que estovieren á muerte, ó á soterramiento de Señor, ó de su pariente, ó de su vecino, ó de su amigo conocido, fasta que sean tornados á sus casas del soterramiento, etc. »

DERECHO ROMANO.—« Jure novellarum hanc aliam in jus vocationis formam introduxit *Justinianus*. Libellum debet actor apud acta deponere: hunc aparitor reo offert, eunque in just vocat: reum debet illum suscipere, induciis tamen viginti dierum ipsi concessis, ad liberandum an litigare an cedere velit, an judicem refutare et alium petere. Suscepto libello, debet ipse libello responsionis subscribere se libellos conventionis tali die accepisse; et solvere sportulas pro conventione hac; et nisi malit statim in juri adesso, debet dato fidejussore cavere *judicio sisti*. Vice versa actor reo cautionem debet præstare de contestanda lite intra duos menses, de permanendo in judicio usque ad finem litis, et de decima parte quantatis libello comprehensæ sumptuum nomine præstanda, si judicatus erit litem temere movisse. *Nov. 53, 96 y 112.* »

Justiniano introdujo por el derecho de las Novelas otra forma de citación. El que quería hacer citar debía presentar el libelo de su demanda al Secretario: un ujier lo hacía conocer al adversario, citándole en justicia, y éste debía guardar esa citación, por la cual se le daba un plazo de veinte días para examinar, convenir en la demanda ó defenderse; y si quería alegar ante el Juez ó declinarlo. Recibido el libelo de la demanda debía suscribir otro por el cual reconocía haber recibido la citación tal día y pagar las *sportulas* debidas al ujier. Si él lo prefería podía ir inmediatamente ante el Juez, si nó debía dar la caución *judicio siste*, de ir á juicio. Recíprocamente el demandante debía darle caución de contestar en causa dentro de dos meses, de estar en el juicio hasta el fin, y par último, de pagar el décimo de la suma anunciada en la demanda, á título de costas, si se sentenciaba que su demanda era temeraria.

EXPLICACIONES.

Entrega de la citación al alguacil. Preparado el libelo con el mandato de comparecencia, como queda expuesto, ó la boleta con que ha de citarse, con arreglo á lo que dispone la ley para el caso, se entrega al alguacil ó portero del Tribunal, ó al encargado de practicar la citación; y el Secretario pone constancia de ello en los autos.

Donde se busca al citado. El alguacil ó portero debe buscar á la persona

Digitized by Google

que ha de citar, en su morada, y si no la encuentra en élla, por las calles y plazas ó cualquier otro sitio público, como paseos, jardines, etc. Pero en la casa del citado sólo puede penetrar hasta donde se acostumbra entrar á solicitar á la persona, mas no al interior, sin permiso; ni en una de otro puede introducirse á hacer la citación, contra la voluntad del dueño, porque el asilo doméstico es inviolable. Tampoco permite el artículo hacer la citación en el templo, ni á quien se encuentre en el ejercicio de alguna función pública, por respeto á las creencias religiosas y á esas funciones. No distingue la ley si el templo sea católico ó nó, lo cual quiere decir que se refiere á todos; porque la razón es general, el respeto á las creencias religiosas de los asociados y al culto. Tampoco define las funciones públicas; por lo cual basta que la persona esté investida de funciones públicas, cualesquiera que sean, y que esté en el ejercicio de éllas. Y nótense los términos de la ley, según los cuales se busca al citado donde se le halle, si no está en su morada, *á menos que esté en el ejercicio de alguna función pública ó en el templo:* de suerte que prohibe buscarle ahí.

Antiguo derecho francés. Dice *Boitard* que en el antiguo derecho francés era prohibido citar á alguno en el estrado de un Tribunal durante la audiencia, ó en la Bolsa en el momento de las operaciones, ó en el templo durante las funciones del culto. Pero que al redactar el Código se desechó tal prohibición. En las Pandectas francesas se repite esa doctrina, agregando que aunque la citación hoy es sin duda válida, hecha en tales circunstancias, el citador que dá ocasión á escándalo ó perturbación del orden por practicarla allí, puede ser enjuiciado por la contravención que comete. Y en atención á esto, hay autores que aconsejan al encargado de la citación abstenerse en tales circunstancias, para no exponerse, y al citado que la rechace, toda vez que el acto es ocasionado á perturbaciones. Tres días señala el artículo para buscar á la persona y citarla.

Modo de citar. Encontrado el individuo, la citación se hace entregándole el libelo, ó la boleta de emplazamiento, y exigiéndole un recibo que, por supuesto, debe expresar lo conducente á la comprobación del hecho de la citación y su fecha, suscrito por el citado; y en las citaciones que no son para litiscontestación, exigiendo al citado que se imponga y firme. Al pié del recibo pondrá el alguacil una nota suscrita por él, declarando que aquel recibo le fue entregado por N. N. [el citado] en tal lugar, á tal hora, de tal día del mes tal y año tal; y lo entregará al Secretario, quien pondrá constancia en autos de la fecha de la entrega.

Formalidades del recibo. ¿Si apareciere agregado el recibo sin la nota del portero y la constancia puesta por el Secretario, podrá alegarse de nulidad la citación? Si la persona que lo otargó ó su representante, no reconocen explícita ó implícitanente la verdad del recibo, falta á éste la garantía de autenticidad que el legislador ha querido crear al añadir en su reforma última esas dos formalidades omitidas: falta un complemento de la prueba que la ley ha querido exista en autos, de la verdad de la citación, y no merece, por tanto, la fe necesaria á los ojos de la ley. Si tal falta no es subsanada por la presencia de la parte, la citación no está probada legalmente.

Negativa del recibo. Puede suceder que la persona rehuse darse por citada, ó recibir la citación, y expedir el recibo: en tal caso deben presenciar la c[illegible]ción dos testigos que acompañen al alguacil, que deben conocer á la per[illegible]a citada, y los cuales rendirán, lo mismo que aquel, la correspondiente de[illegible]ación: el portero, de haber él practicado la citación de fulano, en tal [illegible]ar, y á tal hora de tal día, á presencia de fulano y zutano; y és[illegible] de haber en efecto presenciado la entrega de la citación al citado, á quien [illegible]ocen y de haberse negado á recibirla, contestando esto ó lo otro, y de haber [illegible]do lugar realmente en tal lugar y á tal hora de tal día Evacuadas las tres [illegible]laraciones, toca al Secretario extender una notificación comunicándole al [illegible] las declaraciones rendidas; la cual notificación entregará en el domici-

Digitized by Google

lio ó residencia de aquel, poniendo constancia en autos de haber cumplido esta exigencia de la ley, y de la persona á quien hubiere hecho la entrega. Pero si la habitación del citado estuviere fuera de la población donde recide el Tribunal la notificación se fija á la puerta del local de éste. Pensamos que esto mismo deba hacerse, cuando el citado es de otra jurisdicción, ó no se le conoce domicilio ó residencia.

La notificación es mera precaución. Esta formalidad de la notificación, que ahora ha establecido el legislador, es á nuestro juicio, nó de esencia de la citación misma ni de su prueba, sino una precaución agregada, para que llegando desde luego, á noticia del citado el hecho de la citación con testigos, pueda ocurrir oportunamente á reclamar lo que tuviere á bien, y se eviten en lo adelante, alegación de nulidad contra la validez del juicio. Por lo mismo que no se trata de formalidad esencial, las faltas en que se incurriere en ese punto, ameritarían la aplicación de pena disciplinaria, pero no viciarán el procedimiento.

Días y horas en que puede citarse. Dicen los autores que la citación es acto de jurisdicción; y que como tal no debe practicarse sino del nacimiento á la puesta del sol, en día no feriado y por el mismo portero ó alguacil del Tribunal. Para hacerla en día feriado ó en horas de la noche, ó encomendarla á otra persona, es preciso que preceda habilitación expresamente acordada por el Tribunal de días feriados y de determinadas horas de la noche, y habilitación también de la persona á quien se comete, expresando su nombre y apellido, con indicación del motivo determinante. La citación hecha en día feriado decía la *Curia, St. Prix* y otros, es nula, como la hecha fuera de las horas del día, ó por persona no autorizada, á quien falta la base para la función pública, que no puede ejercer un simple particular. Sin embargo, puede validarse en cualquiera de esos casos, por la presentación voluntaria del citado á hacerse parte en el pleito, sin alegar el vicio.

Procedimiento cuando no se encuentra á la persona. Si no se encontrare á la persona demandada, el alguacil debe dar cuenta al Juez, quien dispondrá dentro de tres días que el Secretario, acompañado de dos testigos, fije en la casa de habitación del demandado un cartel que exprese el nombre y apellido del demandante y del demandado, el objeto de la demanda. el día y hora de la fijación y los de la comparecencia al Tribunal. Otro cartel igual debe fijarse en el lugar más público, ó sea más visible, del Tribunal, y se publicará por la prensa donde haya periódico, y donde no lo haya. se pondrán dos carteles más en los lugares más públicos de la localidad, que serán ordinariamente la plaza, el mercado y cualquier otro punto frecuentado. El Tribunal ha de tener cuidado de hacer revisar los carteles para que permanezcan durante los veinte días, haciendo reponer los que falten. Y por supuesto, los carteles deben llevar la firma del Juez.

Cuando el domicilio del demandado sea distinto del lugar donde reside el Tribunal de la causa, la publicación y fijación de carteles debe hacerse en uno y otro lugar.

Y nada de lo expuesto obsta para que el alguacil continúe buscando al demandado para citarlo personalmente.

En virtud de esos carteles el emplazado debe ocurrir al portero á tomar el libelo y dar recibo ó firmar la boleta, según los casos; ó bien concurrir al Tribunal mismo á darse por citado. Si pasaren los veinte días de fijados los carteles, sin que el demandado haya ocurrido, el Tribunal le nombrará defensor, con quien se entenderá la citación.

Y de todo lo hecho en virtud de las disposiciones de este artículo debe ponerse constancia en el expediente, firmando el Secretario junto con los testigos la constancia relativa á la fijación de carteles. Y como complemento de todo, debe el Secretario agregar un ejemplar del periódico en que se se hubiere hecho la publicación, si así hubiere sucedido.

Digitized by Google

Compréndese naturalmente que si la citación no es para la litis-contestación, sino para otro objeto, como para dar curso á una causa paralizada, no hay por qué ni para qué hacer nombramiento de defensor, limitándose el Tribunal á dar por citada á la persona.

Art. 149. Cuando se compruebe que el demandado está ausente de la República, se le citará en la persona de su apoderado, si lo tuviere. Si no lo tuviere ó se negare á representarlo, se le nombrará un defensor, con el cual se entenderá la citación; pero si alguno se presentare ofreciendo caución suficiente por el ausente, cesarán las funciones del defensor.

El auto del juez en que nombra defensor de ausente se publicará por la prensa.

Art. 150. El tribunal al hacer el nombramiento de defensor, dará la preferencia, en igualdad de circunstancias, á los parientes y amigos del demandado, oyendo cualquiera indicación del cónyuge presente, si lo hubiere y quisiere hacerla.

Art. 151. Los honorarios del defensor se pagarán de los bienes del defendido, conforme á lo que determine el tribunal, consultando la opinión de dos inteligentes sobre la cuantía.

Las demás litis-expensas se irán suministrando prudencialmente por el demandante, si no hubiere posibilidad de obtenerlas de los bienes del demandado en tiempo oportuno para la defensa.

ESTUDIO 48.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los artículos insertos son los artículos 92, 93 y 94, y 93, 94 y 95 respectivamente de los Códigos de 1873 y de 1880, con pequeñas agregaciones; y vienen sustancialmente del artículo 12, Ley 2 Tit. I del Código de 1838.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 12 Tit. 2 Part. 3ª* «Vegadas y ha que cativan ó non son en la tierra aquellos contra quien el demandador quiere fazer su demanda y mueren sus herederos, porque han de fincar sus bienes desamparados. E por ende, el que quisiere fazer tal demanda como esta, deve pedir al Juez del logar que dé quien guarde en aquel pleyto los bienes de aquel que quiere demandar, e él develo fazer. E esto es porque su señor non seria y para responder, nin otro por él. E quando tal guardador fuere dado [illegible] da entrar en juyzio con él, e todo cuanto razonare, ó fiziere por él derecha[illegible]te é sin engaño será valedero, tan bien como si estoviese delant aquel c[illegible]os fuessen los bienes. Ca de otra guisa non valdría la demanda que f[illegible]se.»

DERECHO ROMANO.—«Abesse autem is intelligitur, quis á tribunali abest. *[illegible]o. X L Tit. V Ley L I § V.*»

Absens quoque causam probare per procuratorem poterit. *D lib. X L [illegible] VV § III.*»

Digitized by Google

Textos que dicen: El que no se presenta en el tribunal se entiende que está ausente.

Por medio de procurador puede hacerse representar y probar su causa el ausente.

EXPLICACIONES.

Comprobación de la ausencia y averiguación sobre apoderado. Cuando el que ha de ser citado está ausente de la República es preciso comprobar esa ausencia, para que el Tribunal, encontrando suficiente la prueba, ordene que se le cite en la persona de su apoderado, si lo tuviere. Toca al demandante averiguar si lo tiene y quien es, é indicarlo al Tribunal, quien podrá, á solicitud de aquel, oficiar al Registro ú otra oficina, para obtener el dato, y aun copia del poder mismo, á fin de poder ordenar la citación. Si no tuviere apoderado, ó si teniéndolo se negare á representarle, el Juez nombrará un defensor al ausente, con el cual defensor se entenderá la citación, esto es, á quien se citará formalmente en tal carácter. Si tuviere apoderado que quisiere representar al ausente, la citación se hará entonces á ese apoderado, y no habrá lugar á nombrar defensor. ¿Pero deberá exigírsele la presentación del poder desde luego, ó aguardarse el acto de contestación para que lo presente entonces? El Tribunal no puede obrar por suposiciones: es preciso que quien se dice apoderado manifieste serlo y lo pruebe con la presentación del poder, y diga estar dispuesto á ejercerlo en aquel asunto, haciéndolo saber al mismo Tribunal, para que éste pueda ordenar que se entienda con él la citación; no bastando la promesa de producirlo en la litis-contestación, para no exponerse á vicios ó pasos inútiles. Llegado ese acto, si el apoderado citado comparece, la parte contraria podrá ejercer todos sus derechos respecto á su personalidad: y si llegare á resultar desechada por insuficiencia ó por vicio del poder, habrá entonces que nombrar defensor al ausente. Pero, si el apoderado, citado personalmente después de su manifestación y presentación del poder, no concurriere al acto de contestación ¿qué deberá hacerse? Si el poder es bastante para representar en el asunto, se está en el caso de un demandado que no asiste al acto, y respecto del cual se dá por contestada la demanda, para todos los efectos legales. Mas, si á juicio del Juez, el poder fuere vicioso ó insuficiente, no habrá representación legal de apoderado, y habrá que proveer al ausente de defensor, para no seguir un juicio nulo.

Y á ese apoderado de poder *insuficiente* como á cualquier otro individuo, le ofrece la ley un camino, para representar al ausente; si tal es su deseo; y es el de ofrecer caución bastante, con lo cual se hace innecesario el nombramiento de defensor, ó se hacen cesar sus funciones, si está nombrado ya.

El apoderado excluye al caucionero y al defensor, y el caucionero á éste. Vemos así, que el caucionero excluye al defensor. ¿Excluirá también á quien se presente con poder bastante, aun después de nombrado defensor? Nó; por el contrario, ese apoderado excluye tanto al defensor como al caucionero; porque si es jurídico y natural que cuando haya persona tan interesada en la defensa del ausente que preste voluntariamente por él caución suficiente, y dé así mayor seguridad al actor, que un simple defensor, éste ceda su puesto al caucionero; es de riguroso derecho que si el ausente ha constituido apoderado, su voluntad predomine, porque él es dueño de lo suyo y puede disponer libremente lo que á bien tenga respecto á su defensa en el pleito que le promueve.

¿Y quienes son los ausentes? ¿Y deberá considerarse ausente para los efectos de las disposiciones que estudiamos, á todo demandado no presente en Venezuela, aun siendo extranjero domiciliado fuera, que no haya venido a

Digitized by Google

al país? Los artículos estudiados se refieren á los no presentes, nó á los desaparecidos de que se ocupa el Código Civil con el nombre de ausentes. Y debe tenerse en cuenta que el Título sobre fuero competente que hemos dejado atrás, dá competencia á los tribunales venezolanos para conocer de demandas contra no domiciliados en Venezuela que no estén en su territorio, en materia de sucesión hereditaria abierta fuera, y en ciertos contratos y obligaciones. En nuestro sistema de proceder, que no reconoce medios de citación fuera del país, ni aun para los mismos nacionales que se hayan ido al extranjero, y provee á la defensa del demandado de la manera que expresan las disposiciones á que venimos contrayéndonos, claro es que en todos los casos en que da la competencia aludida, los demandados no presentes se tienen como ausentes para los efectos de la citación y del nombramiento de defensor. De otra manera quedarían de hechos nugatarios los derechos acordados en el mencionado Título del fuero competente, en los casos indicados, á que también se refiere el artículo 26 del Código Civil. Parécenos, pues, correcto decir que en todos los casos en que nuestra legislación autoriza para demandar en Venezuela al que no esté presente, sea nacional, sea extranjero, domiciliado ó nó en su territorio, son aplicables las disposiciones sobre citación y nombramiento de defensor, de que venimos hablando.

Preferencia en el nombramiento. En ese nombramiento quiere el legislador que se dé preferencia, en igualdad de circunstancias, á los parientes y amigos del demandado, oyendo cualquiera indicación del cónyuge, si lo hubiere y quisiere hacerlas. Busca la ley el mayor asiento en la elección, suponiendo, como es natural, que los parientes y amigos estén más en cuenta de los asuntos del ausente y tomen más interés en su defensa; y sin duda que las indicaciones del cónyuge serían muy conducentes á ese fin. Pero obsérvese que la ley dice *en igualdad de circunstancias*, porque prevee que pudiera suceder que el actor fuese un pariente ó relacionado, y conviniese poner la defensa en otras manos, y porque también tiene presente que debiendo asistir á la defensa su abogado ó procurador, no siempre se prestarán las circunstancias á la preferencia deseada.

Honorarios del defensor. Como el cargo de defensor no es gratuito, y es justo que la persona á quien se confía sea remunerada debidamente, el artículo 151 dispone que sus honorarios sean pagados de los bienes del defendido, conforme á lo que determine el Tribunal, consultando la opinión de dos inteligentes sobre la cuantía. Al Tribunal corresponde, pues, dictar las medidas conducentes; para lo cual el mismo defensor es el llamado á inquirir los fondos ó valores realizables del defendido ó cualquiera otros medios de obtenerlos, y promover lo que sea del caso.

Litis expensas. Y como tampoco podría el defensor llenar su encargo sin expensas, para comprar papel sellado y estampillas, pagar copias y derechos y hacer los demás gastos correspondientes al defendido, es indispensable suministrarlos oportunamente, para que la defensa pueda ser eficaz, haciendo todo lo necesario en el momento conveniente. Por eso la ley pone á cargo del actor, principal interesado en que su asunto marche, irlas suministrando prudencialmente, si no hubiere posibilidad de obtenerlas de los bienes del ausente, en tiempo oportuno. Si el demandante no lo hiciere, como nadie está obligado á lo imposible, el defensor puede pedir la suspensión del procedimiento hasta que se le proporcionen las expensas.

Art. 152. Cuando la citación haya de practicarse fuera de la residencia del tribunal, se remitirá con oficio la orden de comisión, en la forma ya establecida, á uno de los jueces te-

Digitized by Google

rritoriales para que practique la citación por los medios que quedan prescritos, dando cuenta del resultado al comitente, quien llegado el caso, hará el nombramiento de defensor.

Art. 153. Cuando sean varios los que hayan de ser citados, y el resultado de todas las citaciones no constare en el expediente, por lo menos dos días antes del en que debe tener lugar el acto, éste quedará diferido para la misma hora del día que el tribunal fije. Esta fijación no podrá exeder del término ordinario concedido para el acto, ni ser menor de dos días.

ESTUDIO 49.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los artículos copiados son los 96 y 97 del Código de 1880; el 96 era el 95 del Código de 1873 y el 97 introducido entonces. En el de 1838 solo el articulo 11, Ley 2, Título 1°. es antecedente del primero de aquél.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 3ª tít. 4. lib. XI. Nov. Recop.* «Acaece muchas veces que algunos por su voluntad y por no cumplir de derecho á los querellosos ante el alcalde de cuya jurisdicción son, se van á otros lugares de otras jurisdicciones, y era duda si aquel juzgador los podía emplazar fuera de su jurisdicción; y Nos por quitar esta duda y alongamiento de pleyto que por esta razon podía suceder, mandamos que el alcalde, en los pleytos que á él pertenecieren de librar, que pueda ir por sí ó enviar por su carta de emplazamiento, á emplazar la parte ausente, aunque esté en el lugar de otra jurisdicción, para que parezca ante él á cumplir de derecho, y emplazamiento que así fueren fechos, sean valederos.»

EXPLICACIONES.

Puede ser necesario mandar practicar la citación del demandado fuera de la residencia del Tribunal de la causa, no sólo cuando teniendo allí su domicilio ó residencia habitual se haya ausentado para otro lugar, sí que también cuando teniéndolos en este otro lugar, la demanda se haya propuesto ante aquel por ser el llamado á conocer del asunto, por la cuantía, por la ubicación de la cosa ó cualquiera otro motivo legal, pues debe recordarse que no siempre se demanda en el lugar del domicilio real del demandado, sino que á veces hay un domicilio elegido en el contrato, distinto de aquel, y á veces por tener competencia varios tribunales toca al demandante la elección, y elige en efecto uno que no es el del domicilio real, como el de la ubicación de la cosa, el del lugar de la celebración ó ejecución del contrato, el de uno de los demandados cuando son varios. Sea, pues, porque teniendo su domicilio ó residencia el demandado en el mismo lugar del juicio, y buscado allí para citarlo resulte que se encuentra en otro lugar; ó sea que en el libelo mismo se exprese que tiene su domicilio ó residencia en otro lugar distinto del del juicio, de cualquier otro modo aparezca así, hay necesidad de mandar practicar l- ita- ción donde esté, fuera del lugar del juicio. Entonces dispone la ley qu de comisión á uno de los jueces territoriales de la residencia para prac la citación, enviándole con oficio la orden de comparecencia en la forma da. Este comisionado, por medio de su alguacil, hace practicar la citación, del mo modo que lo haría el del comitente; y dá cuenta á éste del resultado, án- dole original el recibo del citado, con su certificación, ó con las decla.. nes del portero y testigos, si no se obtuvo aquél. A ese comisionado nde

Digitized by Google

cumplir cuanto disponen los artículos estudiados, para la citación, hasta fijar carteles y hacer la publicación del caso, cuando así necesitare hacerlos; dando siempre cuenta de todo al comitente. Pero si resultare ausente del país el citado, y hubiere de nombrársele defensor, es al comitente á quien compete hacerlo.

Generalidad de la disposición. Los términos del artículo 152 son tan generales que comprenden hasta el caso de ser el lugar donde haya de practicarse la citación, de la misma jurisdicción ó resorte del del juicio, ó sea uno de los inferiores de éste. Aun así, se dá la comisión al Juez territorial para la citación. Pero ¿si el Superior, que tiene jurisdicción en todo el territorio, mandase su alguacil con testigos á practicar la citación en ese territorio de su resorte, y se practicase correctamente, sería nula? Para nosotros sería incuestionablemente válida, pues el Juez y su alguacil han ejercido sus funciones en territorio donde nadie puede disputarle su jurisdicción. Se comprende que la ley ordene dar la comisión, por ser lo natural, y porque además no se distrae al portero de sus demás ocupaciones, no se le expone á que se le desconozca, no agrava los gastos de la parte con los medios de trasporte que tiene que proporcionar, y hay más probabilidad de éxito en la diligencia encargada al Tribunal territorial de empleados permanentes en la misma localidad, que á un extraño á élla que va de tránsito por corto tiempo. Sin embargo, casos hay en que las mismas circunstancias abonan, por más sencillo y conveniente, el mandar al portero, como sucedería v. g. tratándose de citar á un recidente en los límites de una de las parroquias foráneas de la capital, con ésta; el Empedrado, por ejemplo, donde está el límite de La Vega. Más fácil y económico, y de más probables resultados, es ir el portero de aquí, que venir el de aquel pueblo.

Abuso corregido por el artículo 153. La disposición del artículo 153, [97 del Código de 1880 en que apareció por primera vez] fue debida á la necesidad de corregir un abuso que se quiso introducir en la práctica, con daño de la justicia.

Tratándose de la citación de varias personas para un acto á que todas debían concurrir á un mismo tiempo, la litis-contestación por ejemplo, se hacía á cada cual el emplazamiento para que compareciese á tal hora de la audiencia ó día tal [décimo, undécimo, etc.,] después de citado el último. Se iban practicando las citaciones y agregándose el resultado á los autos, y sólo cuando todas estaban allí, podían saber el Juez y los citados, cuál era la última de donde debía partir el cálculo para determinar el día de la comparecencia. Si el demandante, á quien incumbe hacer practicar las citaciones, retenía en su poder la última, para presentarla el día y hora en que debía tener lugar el acto, según el cálculo que él solo estaba en capacidad de hacer, permanecían todos ignorantes del momento en que debía efectuarse aquél, por lo cual ninguno de los demandados asistía á él. Pretendía el actor aprovecharse de su proceder doloso, pidiendo que se diese por contestada la demanda; y surgían, como era natural, reclamaciones contra semejante conducta, con daño y descrédito de la administración de justicia, y graves perjuicios de las partes. He ahí la causa determinante de la disposición, que ordena diferir el acto para la misma hora del día que el Tribunal designe, cuando siendo varios los demandados no consta en autos el resultado de todas las citaciones, por lo menos dos días antes del en que debiera tener lugar el acto. Este corto lapso se consideró bastante, p a que todos quedasen instruidos, dado que les tocaba estar alerta y al co- r nte de su negocio, desde la citación. Y para evitar todo abuso de parte del T unal, tuvo el legislador la precaución de disponer, que la nueva fijación no p ía exceder del término natural concedido para el acto, ni ser menor de dos d . La justicia y conveniencia de la disposición no pueden ser más pal- n s.

Digitized by Google

Art. 154. En cualquier caso en que se necesite la citación de una parte, aunque no sea para la litis-contestación, se procederá con arreglo á lo dispuesto en este Título, salvo cualquiera disposición especial.

Art. 155. Cuando el demandado haya elegido domicilio para los efectos de la obligación demandada, con indicación de persona, la citación se entenderá con ésta, observándose por lo demás las disposiciones de los artículos 147 y 148.

Si la persona designada en la elección de domicilio es la misma á cuya instancia se hace la citación, ó hubiere muerto ó desaparecido ó héchose incapaz, la citación se verificará como si no se hubiese designado persona en la elección.

Art. 156. Cuando se presentare alguno á darse por citado por el demandado, sólo será admitido en el caso de exhibir poder especial otorgado por el demandado para aquel pleito. Si el poder no llenare estas condiciones se hará la citación de la manera prevenida en este Título; sin perjuicio de que, llenadas que sean todas las formalidades en él prescritas, según los casos, pueda ser aceptado como parte el mismo que no haya producido poder especial para aquel pleito, pero que lo tenga bastante para intervenir en él.

ESTUDIO 50.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Los artículos 154 y 155 son los 98 y 99 del Código de 1880, tomados de los 96 y 97 del de 1873, sin antecedente directo en el Código de 1838.

Ya tenemos dicho antes lo que se encontraba en el *Derecho Español* y en el *Romano* sobre citaciones.

EXPLICACIONES.

Regla general de citaciones.—Lo dejamos explicado atrás. Toda citación sea cual fuere su objeto, ha de practicarse del modo que expresan las disposiciones de este Título, en sus artículos 147 y 148. Las copias ó boletas con las cuales ha de practicarse, conteniendo la orden de comparecencia, han de llenar las condiciones que para el caso, requiera la ley. Y si alguna disposición especial exige alguna formalidad más, habrá que llenarse también, como sucede en las demandas contra la Nación por reclamación de perjuicios, en que la ley especial ordena publicar un extracto.

Elección de domicilio. En cuanto al artículo 155, debemos recordar el Código Civil reconoce á las partes el derecho de elegir domicilio para los efectos de sus contratos. Esa elección puede hacerse ó con designación de persona para entenderse con élla, citarla, notificarla, etc., como se acostumbra en Europa, donde al lado del nombre y apellido se indica la calle y número de la habitación ó domicilio, ó bien en términos generales, sin designación de persona, expresando sólo la jurisdicción ó Tribunal á que se someten las partes, que es como se acostumbra entre nosotros. Si no hay designación de persona, la citación se practica en el interesado mismo, como se hace siempre que

Digitized by Google

designada persona, la citación se entiende con ésta, que hace para el efecto las veces de la parte, y es la llamada á proveer por élla lo conveniente. Mas, si esa persona misma designada es la que gestiona y á cuya instancia debe verificarse la citación, ó hubiese muerto ó desaparecido, ó se hubiese hecho incapaz, la citación deberá hacerse entonces al mismo obligado, como si no hubiese habido designación. No puede ser de otro modo, porque en el primer caso, no es posible que la persona se represente á sí misma y á la parte contraria; porque en el segundo y tercero, muerte ó desaparecimiento, falta el individuo mismo; y en el cuarto, haberse hecho incapaz, es obvio que la designación no puede seguir existiendo, porque es contraria á la voluntad de la parte, que fue nombrar á persona capaz. ¿Y cómo ha de entenderse esa incapacidad? Los términos de la ley *héchose incapaz* están diciendo que no se trata de incapacidad declarada legalmente, sino incapacidad de hecho, sea cual fuere.

En cuanto al artículo 156, aunque su contexto es nuevo, introducido en la última reforma, su disposición estaba en el espíritu de nuestra legislación; pero se creyó conveniente consagrarla expresamente para evitar abusos y graves perjuicios. Es hasta natural que la citación para la litis-contestación se haga á la persona mísma demandada, y nó á un apoderado, por general y amplio que sea su poder, prescindiendo de élla. Esa persona es la requerida para venir á juicio, la que debe conocer sus derechos y obligaciones, la que debe estar en cuenta de lo que se le reclama, la llamada á proveer á su defensa ó disponer como lo tenga á bien, y en fin la que ha de ser ejecutada en sus bienes si llegare el caso. Debe quedar, pues, instruida del pleito que se le promueve. Y había sucedido que después de seguir un juicio en todas sus instancias, llegado al estado de ejecución, al intimar al demandado, manifestó ser la primera noticia que tenía de tal reclamación. Promovióse en consecuencia, juicio de invalidación, fundado en la ley especial de la materia y en los datos del expediente, y en efecto la invalidación fue pronunciada. Con tal antecedente, el legislador creyó necesario dictar expresamente la disposición del artículo que estudiamos, según la cual la citación debe hacerse al demandado mismo, sin admitirse á recibirla á un apoderado, por amplio que sea su poder, con solo la excepción del que haya recibido un poder especial para aquel pleito, en que el demandado reconoce estar impuesto de que le ha sido promovido; con lo cual desaparece por completo la posibilidad de que se alegue después la falta de citación. No ha de entenderse que se requiere necesariamente que el poder sea especial; sino que, aun siendo general, contenga cláusula especial referente al pleito, dando facultades para entenderse en él por el poderdante. Es ese el propósito de la ley, y queda lleno con la *cláusula especial*, que viene á ser equivalente en el lenguaje de la ley á *poder especial*.

Art. 157. En el caso de estar comprobado ó reconocido un derecho de persona determinada en una herencia ú otra cosa común, si aquella persona hubiere fallecido y se ignorare quien ó quienes sean los sucesores en dicho derecho, la citación que debe hacerse á ales sucesores desconocidos, se verificará por un edicto en que se llama á los que se crean asistidos de aquel derecho para que cc curran á hacerlo valer en un término no menor de noventa dí contínuos, ni mayor de ciento ochenta, á juicio del tribunal, se in las circunstancias.

El edicto se fijará en la puerta del tribunal y se publicará en periódico oficial que existiere y en otro de mayor circula-

Digitized by Google

ción de la localidad ó de la más inmediata, á lo menos durante sesenta días, dos veces por semana.

Art. 158. Si trascurriere el plazo fijado en el edicto para la comparecencia, sin verificarse ésta, el tribunal nombrará un defensor del desconocido ó de los desconocidos, con quien se entenderán todas las diligencias y gestiones que deban tener lugar en el asunto, hasta que, según la ley, cese su encargo.

ESTUDIO 51.

ANTECEDENTES.

No existen en nuestro derecho, ni los hemos buscado en la legislación española y romana, donde no creemos existan tampoco.

EXPLICACIONES.

Citación á desconocidos. Falta, y falta notable, hacían entre nosotros las disposiciones de los dos artículos insertos. No son pocas las propiedades incultas comuneras que existen en el país, algunas de considerable extensión, poseídas por individuos que han ido situándose y levantado plantíos de caña y otros frutos, de no pequeño valor, apoyados, ya en compras de derechos indivisos á otros que decían traerlos de los poseedores primitivos, ya por sucesiones varias que partían de esos mismos poseedores; las mas de las veces sin saberse ni el número de los verdaderos partícipes en cada sucesión, ni la extensión de la misma cosa común, que suplen con la posesión que han venido manteniendo. Los años trascurridos, que con frecuencia pasan de un siglo, los terremotos, guerras, y trastornos de todo género que ha sufrido el país, no han permitido conservar íntegros los registros públicos donde constan los títulos de las propiedades, los traspasos, testamentos, ni los parroquiales que sirvieran para determinar los sucesores y herederos; haciendo imposible la formación de árboles genealógicos que sirviesen de guía en medio de tanta obscuridad. No será imposible, sino antes bien muy probable, encontrar en la historia de la respectiva propiedad, una época en que estén claros y bien definidos los derechos, y determinadas las personas de los propietarios para entonces. Esa época, y si fueren varias las que reunan tales circunstancias, la más próxima á la actualidad, es la que debe servir de punto de partida, para el emplazamiento por edictos, de los desconocidos que se crean con derecho á la sucesión en los reconocidos ó comprobados de la persona determinada. Los artículos pautan todo el procedimiento en el caso, lapsos, fijaciones, publicaciones y demás, en que no encontramos motivo de dificultad. Si comparecen algunos, se discutirán los derechos que hagan valer, resolviéndose conforme al derecho común. Si nadie comparece, se nombra defensor á los d[illegible]conocidos, á quienes tocan las gestiones procedentes. En uno y otro caso no [illegible]ría extraño que se produjesen complicaciones en puntos de fondo, no fácil [illegible] de preveer, atendidas las mismas circunstancias de tales asuntos. Pero es[illegible]ido representados cuantos pudieran estar asistidos de derechos, los Jueces e[illegible]ontrarían oportunidad para procurar conciliaciones, en beneficio de los mis[illegible] interesados. Por lo demas, este sistema de llamamientos por edictos es u[illegible] en muchos países, y nosotros tenemos ejemplos en nuestras propias leyes [illegible]mo en las herencias yacentes y en los juicios de quiebra.

Digitized by Google

TITULO VI

DEL LUGAR EN QUE SE HA DE DESPACHAR Y DE LOS TERMINOS

Art. 159. Los jueces no podrán oír en juicio ni despachar en asuntos de su competencia, sino en el lugar destinado para el tribunal, á no ser en los actos que acuerden previamente de oficio ó á petición de parte.

Art. 160. Tampoco podrán oír ni despachar sino á las horas del día destinadas al efecto, que fijarán en una tablilla para conocimiento del público.

Para actuar fuera de dichas horas cuando sea necesario, habilitarán previamente con un día de anticipación, ó haciéndolo saber á las partes, las horas indispensables, que determinarán.

Art. 161. Ninguna operación judicial puede practicarse en día feriado, ni antes de la salida, ni después de la puesta del sol, á menos que por causa urgente se habiliten el día feriado ó la noche.

Será causa urgente para los efectos de este artículo el riesgo manifiesto de que quede ilusoria una providencia, ó de que se frustre cualquiera diligencia importante para acreditar algún derecho ó para la prosecución del juicio.

ESTUDIO 52.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—De los artículos insertos, el primero y tercero son el 98 y 100 del Código de 1873 y 100 y 102 del Código de 1880. Los tres son los artículos 1, 2 y 3. de la Ley única, Tít. XI del Código de 1838.

Derecho Español.—*Ley 7ª tít. 4. Part. 3ª* «Logares señalados é conmunales deven escojer todos los judgadores, en que puedan oir los pleytos, e deli rar paladinamente las contiendas de los omes que antellos ovieren para a nzar derecho. E deven y estar assentados desde gran mañana fasta medio d cotidianamente, en aquellos días que non son defendidos á que dizen feria- d E aun desde nona fasta visperas, seyendo los pleytos muchos, ca non se d en apartar nin esconder en sus casas, ni en otros logares do non los pudiess fallar los querellosos. Pero si les acaesciesse que oviessen de oir algunos p ytos grandes bien se podrian apartar por razon dellos, porque la otra gente n los estorvasse.

Digitized by Google

Ley 33, tit. 2, Part. 3ª Sazon é tiempo ha de catar el demandador para fazer su demanda. Ca si lo non fiziesse podria caer en gran yerro. E por ende se deve guardar que lo non faga en los días que son defendidos á que llaman feriados, para non poder demandar en juyzio.....»

Ley 35, tit. 2. Part. 3ª Dar puede el juez guardador á los huérfanos en los días feriados que diximos . . . E otrosi los puede tirar de su guarda . . . . E aun pueden oir á los que los tuvieren en guarda . . . . Otrosi puede oir pleitos que fuessen movidos en razon de gobierno que demandasse el huerfano á su guardador, ó el guardador á otro, ó el padre al fijo, ó el fijo al padre . . . . O si fuesse sobre demanda quel fiziesse alguna mujer biuda que fincasse preñada de su marido, que la metiessen en tenencia de algunos bienes por razon de la criatura . . . . O si acesciesse que alguno oviesse su edad si era menor de edad ó mayor; ó sobre pleyto que perteneciesse á la libertad ó á servidumbre; ó si fuesse sobre pleyto de testamento . . . . ó si moriesse alguno que fuesse debdor de otro é fincassen sus bienes desamparados sin heredero . . . . Ca en cualquiera de estas cosas sobredichas bien puede el demandador mover pleyto en juizio en cada uno de estos dias feriados . . . . , porque tales pleytos como estos pertenecen á obra de piedad. Otrosi dezimos que todo pleyto que pertenece á pro comunal de la tierra, ó meter paz ó tregua entre los omes, ó establecimiento de cavalleria por guarda de la tierra, ó escarmiento de ladrones publicos que tienen los caminos e de los traydores, pueden los juezes oir é deliberar, porque según dixeron los sabios antiguos *Amigo de Dios es, quien enemigo de Dios mata en cualquier tiempo.* Otrosi los Emperadores é los otros Sabios que fizieron las leyes tovieron por bien que en estos dias sobredichos pudiessen los omes fazer sus labores en razon de sembrar ó de cojer los frutos de la tierra, si grand menester fuesse . . . . . .»

Derecho romano.—A procedente judice dilationem nom convenit pustulari, etiamsi utraque parte præsente tribuare: cum non allias nisi causa cognita indulgeri queat; et cognitio causæ non interpellatione plenaria, [*] sed considente magis judice, legitime colligatur: ut si forte dilationis petitio fuerit improbata, suscepta quæstio per sententiam judicis dirimatur. L. 4, Cód. de debat. *Poth.*

Cun *cautio judicio sisti* non conmitatur, si dies qua reus se sistere debuit fuerit feriata, aut si dilatio ei con cesa fuerit. His diebus nemo tenetur se in jure judiciare sistere, ut nominatim de feris messium et vindemiarum constituit D Marcus. Enimvero ni quis messium vindemiarumque tempore adversarium cogat ad judicium venire oratione Divi Marci exprimitur; quia ocupati circa rem rustican in forum compellendi non sunt. L. I, Ulp. 4 de omn tribun.»

«Sed si prætor aut per ignorantiam vel socordiam evocare eos perseveraverit; hique sponte venerit, si quidem sententiam dixerit præsentibus illis, et sponte litigantibus, sententia valebit, tametsi non recti fuerit qui eos evocaverit: sin vero cun abesse perseveraverint, sentemtiam protulerit etiam absentibus illiis; consequens erit dicere, sententiam nullius esse momenti. Neque enim prætoris factum juri derogare oportet. Et citra appellationem igitur, sententia infirmaritur. D. L. 1. § 1.»

«Quod diximos á D. Marco constitutum circa ferias messium et vindemiarum, omnibus feriis conmune est. Generaliter enim: «si feriatis diebus fuerit judicatum, lege cantum est ne his diebus judicatum sit, nisi ex voluntate partium: et quod aliter adversus ea judicatum erit, ne quis judicatum facere, neve solvere debeat, neve quis ad quem de ea ré in jus aditum erit, judicatum facere cogat. L. 6, Ulp. lib. 77, ad. Ed.»

---

[*] Debe leerse *planaria* como muy bien lo observa *Noodt*; y el sentido es que el Juez no debe conocer legalmente de un negocio sino sentado en su tribunal. Este tribunal estaba en alto, por lo cual era que lo hecho fuera del tribunal se decía hecho *de plano*.—Nota de Pottier.

Digitized by Google

«Sed exipiuntur certæ causæ ex quibus cogi poterimus et per id temporis cun messes vindemiæque sunt, ad prætores venire; scilicet si res tempore peritura sit, hor est, si dilatio actionem sit perentura. Sup. d. 11.»

«Sane quoties res urget, cogendi quidem sumus ad prætorem venire; verum ad hoc tantum cogi æquum est ut lis contestetur . . . . . Sup. d. l. 1.»

«Item eadem oratione D. Marcus in senatu recitata, offerit de aliis speciebus prætorem adiri diebus feriatiis; ut puta, ut tutores aut curatores dentur; etc.»

«Hæc jure Pandeetarum.»

«Ex constitutionibus novissimorum imperatorum, siut et aliæ causæ quæ non admitumt ferias. Ita enim Valent, Valer, et Grat. etc . . . . Publicas ac fiscales causas . . . . Pistoris quoque . . . . Sup. d. l.»

«Feriis autem divinæ majestati consacratis omnis cognitio tam apud judices quam apud arbitros, omnis et advocatio, apparitio exactio cesare debet. Permittitur tantum excercere actus voluntariæ jurisdittionis quœ nullan causæ congnitionem desiderant, videlicet emancipationes, adopsiones etc. L. 2, 7, et. fin. Cod,»

Dicen esos textos, tomados de Pothier:

No se puede tampoco accionar la caución *judicio sisti* de aquel que no se ha presentado en justicia, si el día en que debía comparecer era de fiesta ó si había obtenido un plazo.

Nadie está obligado á presentarse en juicio ó en justicia los días de fiesta, como lo dice expresamente la Constitución de Marco Aurelio para la fiesta de la cosecha y la vendimia. En efecto la Constitución del Emperador Marco Aurelio prohibe llevar á juicio durante el tiempo de la cosecha y la vendimia, porque los que están ocupados en recojer los frutos de la tierra no deben ser forzados á comparecer en justicia.

Pero si el pretor por ignorancia ó por imprudencia los ha llamado, si se han presentado y él ha decidido, la sentencia dada á su presencia y con su consentimiento, valdrá aunque se hubiese hecho mal en citarlos. Si ellos no se han presentado, y él ha sentenciado su sentencia será nula; porque el hecho del pretor no puede derogar el derecho: será infirmada la senteneia de derecho, y no será necesario apelar.

Lo que acabamos de decir sobre lo establecido por el Emperador Marco Aurelio para la fiesta de la cosecha y la vendimia era común á todas las fiestas; porque en general, si un Juez ha dado sentencia en día de fiesta, la ley quiere que no tenga ningún efecto sin el consentimiento de las partes; que la que hubiere sido condenada no sea obligada ni á someterse ni á pagar aquello á que hubiere sido condenada; y que ningún Juez á quien se ocurriere al efecto, no pueda ordenar la ejecución.

Pero hay excepciones á esa regla, y causas por las cuales hay necesidad de presentarse durante el tiempo de las cosechas y las vendimias; tales son aquellas cuyo objeto perecería en el intervalo, es decir, en que la dilación destruiría la acción.

Se puede ciertamente forzar á uno á comparecer en justicia siempre que l[illegible] peligro en el retardo, pero es justo que sea sólo para establecer la ins[illegible]cia . . . .

La ordenanza del emperador Marco Aurelio pronunciada en el Senado, [illegible] tiene aún otras causas por las cuales se debe presentar ante el pretor aun [illegible] los días de fiesta, como para dar tutores ó curadores etc.

Tal era el derecho de las Pandectas.

Digitized by Google

Por las Constituciones de los últimos Emperadoras había otras causas que podían juzgarse en días feriados Valentiníano, Valente y Graciano dicen . . . las causas de interés público y fiscales . . . . . también las de los panaderos, ...

Más en los días de fiestas consagrados á la Majestad divina, los abogados, los ujieres y perceptores y colectores no pueden hacer ni ante los Jueces ni ante los árbitros ninguna instrucción de causa. ninguna presentación ni ninguna demanda. Sólo podía procederse á actos de jurisdicción voluntaria, que no requerían alegato ni discusión previa, como las emancipaciones, las adopciones, etc.

EXPLICACIONES.

Local destinado al Tribunal. Ya en el artículo 24 dejó establecida el legislador la regla general, de que ningún Tribunal puede actuar fuera del local de sus sesiones, sin acordar previamente su constitución allí donde vá á actuar. Ahora el 159 mas especificadamente les prohibe oir en juicio ni despachar en asuntos de su competencia sino en el lugar destinado para el Tribunal. Natural es que las funciones públicas no se ejerzan en las moradas ó casas privadas de los funcionarios, sino en un lugar consagrado al ejercicio de aquéllas, donde puedan concurrir todos los que lo hayan menester y aun los que solo quieran imponerse de los asuntos. Con ello se facilita á los litigantes y al público el conocimiento de los negocios y de su marcha, y con ello se procura la publicidad que es un medio eficaz de lograr la regularidad y aun la imparcialidad, de los Jueces y de garantizarlos contra los mismos abusos de los litigantes. Una misión tan importante no puede llenarse á escondidas, De interés común es su buen desempeño, y todos tienen derecho á poder presenciar lo que se hace en la audiencia.

Constitución fuera de su local. Pero á veces hay necesidad de que el Tribunal se traslade á otro lugar, y se constituya allí para diligencias indispensables, como vistas oculares, deslindes, interrogatorios á personas impedidas de asistir al Tribunal. Y para tales casos, que son frecuentes, faculta la ley á los Jueces para constituirse en lugar distinto, allí donde es necesario, pero llenando previamente el deber que les impone de acordarlos préviamente de oficio ó á petición de parte.

¿Y sería válido lo que hiciese el Juez en contravención á la prohibición y prescindiendo de dicha formalidad? No sería válido. En primer lugar el Juez no es Juez sino en su oficio, ejerciendo sus funciones públicas de tal; y lo que hiciese de otro modo aparecería como obra de un particular, sin autoridad. En segundo lugar sería cosa peligrosa para las partes, y contraria además al buen desempeño de su augusta misión, el poder actuar en privado, á ocultas de los interesados, fuera de la vista del público, dando á lo que debe ser claro y sin sospecha el aspecto del misterio y del mal obrar.

Días y horas en que no se puede actuar. Dice luego el artículo 160 que tampoco podrán los Jueces oir ni despachar sino á las horas del día destinadas al efecto, que fijarán en una tablilla para conocimiento del público; horas que determinan las respectivas leyes orgánicas de los tribunales, que por lo común son cinco diarias y que se deja á su elección el señalar, á fin de que puedan consultar en ello los usos locales, según el clima y otras circunstancias. Y el artículo 161 agrega, en cuanto á horas, que ninguna operación judicial puede practicarse ni antes de la salida ni después de la puesta del sol. Conforme á uno y otro artículo para actuar fuera de las horas destinadas, deben los Jueces habilitar previamente con un día de anticipación ó haciéndolo saber á las partes, las horas necesarias, que deben determinar; y para actuar en la noche deben habilitarla, cuando haya causa urgente. Respecto de días, tampoco se les permite practicar ninguna operación en los feria-

Digitized by Google

dos, sino habilitando aquel en que hayan de actuar, también por causa urgente. Tales prohibiciones son garantías de buena administración de justicia y de las partes mismas; pues se prestaría á abusos frecuentes la libertad que se dejase á los Jueces para actuar en los días feriados y á las horas que se les antojase, y ninguna seguridad tendrían los litigantos en actos practicados á sus espaldas, sin conocimiento de éllos y como á escondidas, que harían imposible su defensa. Y para que tales garantías sean eficaces, es forzoso que su violación comporte la nulidad de lo actuado.

Causas de habilitación. Y todavía, celoso el legislador de impedir los abusos, declara ser causa urgente para las dichas habilitaciones el riesgo manifiesto de que quede ilusoria una providencia ó de que se frustre cualquier diligencia importante para acreditar algún derecho ó para la prosecución del juicio.

Operaciones judiciales? Cuando la ley habla de *operación judicial*, ha de entenderse aquella palabra en su acepción mas lata, significando la acción, ú obra ó acto cualquiera en asunto judicial *(actio, operatio, opus)* así de las partes como del Tribunal.

La *Ley de enjuiciamiento civil española* usa del vocablo *actuaciones*; y *Manresa* y *Navarro* en sus comentarios dice: « Por *actuación* se entiende toda providencia, notificación, diligencia ó acto de cualquiera especie, que se consigna en un procedimiento judicial con autorización de escribano ó del funcionario á quien la ley concede esta facultad; y de aquí el que se dé el nombre de *actuaciones* al conjunto de todas las partes que constituyen un procedimiento judicial ». Y más luego advierte el autor que según declaración hecha por el Tribunal supremo en sentencia que cita, la mera presentación de un escrito no puede calificarse ni ser tenida como actuación judicial para el efecto de que tratamos.

Antigüedad de la prohibición. Todos los autores convienen en que la prohibición de practicar actuaciones judiciales en ciertos y determinados días, no es de los tiempos modernos; y recuerdan que eran célebres en la historia del procedimiento romano los días *fastos* y los *nefastos*. según que en éllos podía ó no administrarse justicia válidamente. Ya copiamos pasajes del derecho romano y algunas leyes españolas en que así aparece.

Mas en todo tiempo ha habido excepciones á esa regla, como lo atestiguan aquellas inserciones y nuestro mismo artículo; aunque siempre mediando causa urgente. Toca al Juez, apreciando las circunstancias, declarar esa urgencia para hacer la habilitación de días ú horas, con imparcialidad y recto criterio, á fin de no incurrir en precipitaciones ni perjudicar la defensa de las partes. Si se trata, por ejemplo, de citar á uno que se prepara para irse del país, ó de obligarle á dar arraigo en caso legal, ó de hacer declarar á testigos de la causa, próximos á ausentarse, ó de hacer una notificación á uno que viene evadiéndola, racional es que se habiliten día feriado y horas de la noche, para que ni sufra perjuicio la parte interesada ni quede burlada la justicia.

El vicio es subsanable. Por supuesto, que el vicio en que se incurriría contraviniendo tales prohibiciones, quedaría subsanado por el acuerdo de las partes. A su instancia podía hacerse habilitación previa; pues por voluntad de ambas bien podría tenerse después como si hubiese sido acordada.

Digitized by Google

Atr. 162. En los términos ó lapsos judiciales no se contarán los días feriados, si no se han habilitado, ni aquel en que empiecen á correr.

Solo se entenderán por días feriados los domingos, el jueves y el viernes santos y los declarados de fiesta nacional.

Del quince de agosto al quince de setiembre inclusivos y del veinticuatro de diciembre al seis de enero, también inclusivos, habrá anualmente vacaciones de los tribunales; pero ellas no impedirán que sean atendidos durante esos períodos los asuntos urgentes ó indiferibles.

A ese efecto, cada tribunal llamará previamente los correspondientes suplentes para que actúen respectivamente en toda diligencia criminal ó civil que fuere urgente para la averiguación de los delitos y los delincuentes, ó cuya evacuación tuviere el mismo caracter de urgencia en interés del encausado ó de la vindicta pública, ó para asegurar los derechos de alguna parte en lo civil.

Si el juez encontrare justificada la urgencia acordará la habilitación y procederá de conformidad, pero si el asunto fuere criminal ó civil contencioso no podrá procederse sino con citación previa de la otra parte, y nunca para ninguna otra cosa sino para la diligencia ó acto declarado urgente, á menos que estando en la vista de una causa se hubieren comenzado los informes, en cuyo caso podrá el tribunal continuarla hasta dictar sentencia.

ESTUDIO 53.

ANTECEDENTES

Derecho Patrio.—El artículo copiado es el 103 del Código de 1880, modificado, cuya parte primera es el artículo 101 del de 1873. Esa parte fué tomada del artículo 4°. Ley única tit. XI del Código de 1838.

Derecho Español.—*Ley 33 tit. 2 Part. 3ª* «E estos (los días feriados) son en tres maneras. La primera é la mayor es aquella que deven guardar por reverencia é por honra de Dios é de los Santos. La segunda por honra de los Emperadores é de los Reyes é de los otros grandes señores. La tercera es por pro comunal de todos assi como en aquellos días en que cogen el pan e el vino . . . . . »

Ley 34 tit. 2 Part. 3ª «Pascua de Navidad e de Resurreción e de cinquesma son tres fiestas muy grandes que todos los cristianos han mucho de guardar... E los Santos Padres . . . . tuvieron por bien que non guardassen estos días tan solamente mas aun siete días después de Navidad, e siete antes de Pascua de Resurrección, e siete después, e tres días después de la cinquesma. E otrosi mandaron guardar el día de la fiesta de la Aparición, e de la Asunción e todas las cuatro fiestas de Santa María e de los Apóstoles e de San Juan Bautista : e otrosi los días de los domingos. E todos estos días deben ser guardados . . . de manera que non deve ningún ome fazer demanda en ellos á otros para aducirlo en juicio. E si en tal manera alguna cosa fuere mandada ó librada, non sería valedero lo que fiziessen, maguer fuesse fecho con placer de amas las partes. »

Digitized by Google

Ley 36 tit. 2º Part. 3ª «Feriados días son llamados otros, sin los que avemos dicho, que son establecidos de los Emperadores e de los Reyes e de los otros Grandes Señores, por cosas que les acaescen y. E esto sería como día de su nascencia ó en el día en que oviesse avido alguna grande buena andanza contra sus enemigos, ó quando fiziesse su fijo cavallero ó lo casasse ó . . . . . Ca en qualquiera dia quel otorgarse por feriado por alguna de estas razones sobredichas non deve en él ningun ome de su señorío emplazar á otro, nin moverle demanda en juyzio; porque guisada cosa es . . . »

Ley 37 tit. 2º Part. 3ª «Pan e vino son los frutos de la tierra de que los omes mas se aprovechan. E por ende fuèron antiguamente escogidos para esto otros días feriados en que los cogiessen. E estos son de dos meses. E porque los frutos de la tierra non vienen en cada logar á una sazon, por razon que algunas tierras son frías é otras calientes de natura, por esso non señalaron ciertamente quales son los meses que deben ser guardados para esto. Pero tovieron por bien e mandaron que los jueces de cada logar señalassen estos dos meses según la costumbre usada de la tierra, á las zazones que el pan e el vino es de cóger; e mientras que durasse, que ningún ome non pudiese traer á otro á plazo en ello . . . . . »

Ley 38 tit. 2º Part. 3ª «Aveniéndose el demandador e el demandado para entrar en juyzio en los días feriados que en esta otra ley diximos que son para coger el pan e el vino, bien lo podrían fazer e si el judgador de su voluntad los quisiere oyr. . . . Otrosi dezimos que si algun ome oviesse derecho sobre cosas que le perteneciessen, si se temiesse que aquel derecho que avia en ellas se le perdiesse por tiempo, si lo non demandasse en los días feriados que son para recojer el pan e el vino bien podria mover demanda en ellos sobre tal razon como esta. E el judgador es tenudo de oyrlo fasta que el pleyto sea comenzado por respuesta . . . . . »

Ley 6 tit. 2º lib. 4º Nov. Recop. «Para facilitar y abreviar el despacho de los negocios y evitar en lo posible á mis amados vasallos el perjuicio que sufren con la dilación, he resuelto reducir los días feriados á las fiesta que la Igiesia celebra como de precepto, aunque solo sea de oir misa; á las de la Virgen nuestra Señora con la advocación del Cármen, los Angeles y El Pilar, en los días 16 de julio, 2 de agosto y 12 de octubre, y á las vacaciones de Resurrección desde el Domingo de Ramos hasta el martes de pascua; de Navidad desde el 25 de diciembre hasta 1º de enero siguiente; y de carnestolendas hasta el miércoles de ceniza inclusive; escluyendo todos los demas dias . . . . . »

DERECHO ROMANO.—Feriœ sunt dies qui prœstant vacationem á forensibus negotis: feriæ alicœ solemnes, alicœ repentinœ.»

«Solemnes sunt quœ statis temporibus recurrunt; qualis est dies próximus aute kalendas januarias. Nam pridie kalandas januarias magistratus neque jus dicere, sed nec sui potestatem facere consueverunt. *Ulp. l. 5 lib. 62 ad. ed.*»

«Item post kalendas januarias die tertio pro salute principis vota suscipiuntur. *L. 23 § 1 D de verb. signif.*»

«Tales etiam sunt feriæ messium et vindemiarum, de quibus Paulus—præsides provinciarum ex consuetudine cuyusque loci solent messis vindemiarum que causa tempus statuere.» *L. 4. Paul, lib. 1, ad. ed.*»

«Tempus harum feriarum statuerat Theodosius, *l. 2, Cod. de feriis.* At. praeterea multæ aliæ novissimorum imperatorum constitutionibus solemnium feriarum species introductœ sunt. Ex his omnibus, aliæ divinæ, ut dies Dominica; Paschatis, Pentecoztes, natalis Domini etc.; aliæ humanæ, ut dia natalium utrinsque Romæ, et septem dia nundinarum et *l. 7, 8. 11, dic. tit. et. l.*»

«Feriæ repentinæ sunt quœ pro re nata, puta, ob res prospere gestas, aut aliquam cladem aut luctum publicum, extra ordinem indicuntur.»

Digitized by Google

«Ferias repentinas olim indicabant ipsi magistratus. Quod jus portea soli principi reservatum; unde et *imperiales* dictæ sunt.»

Esos textos tomados de Pothier, dicen:

Las fiestas son días de vacación, durante los cuales no se practica ningún acto judicial. Unas son solemnes y otras accidentales.

Las solemnes son aquellas que se hacen cada año en épocas fijas: tal es la de la víspera de kalendas de Enero, porque ese día los magistrados no administran justicia, y aun no se presentan en sus tribunales.

El tercer día después de las kalendas de Enero. Es también destinado á hacer votos por el príncipe.

Tales son también las de la ciega y vendimia de que dijo Paulo: «los Presidentes de las provincias tienen costumbre de determinar un tiempo para la ciega y la vendimia, según el uso de los lugares.»

El Emperador Teodocio había fijado el tiempo y los días de estas fiestas; pero muchas otras solemnes fueron introducidas por las ordenanzas de los últimos Emperadores, las unas espirituales, como el domingo, la fiesta de pascuas, la de pentecostés, la del nacimiento del Señor, etc; las otras temporales como los días de la fundación de la antigua y de la nueva Roma, los siete días de feria, etc.

Las fiestas accidentales eran las ordenadas por sucesos extraordinarios, como acontecimientos prósperos, derrotas, calamidades públicas . . . . .

En el origen eran los magistrados los que ordenaban esas especies de fiestas; pero después el Soberano se reservó el derecho, por lo cual fueron llamadas *imperiales*.

EXPLICACIONES.

Cuales son los días feriados y de vacación.—Después de establecer el legislador en el artículo precedente que ninguna operación judicial puede practicarse en día feriado, no habilitado, determina ahora cuáles días deben tenerse por feriados, limitándolos á los domingos, jueves y viernes santos y los declarados de fiesta nacional; pero luego acuerda una vacación general del quince de Agosto al quince de Setiembre, y otra del veinticuatro de Diciembre al seis de Enero, inclusivos, de cada año.

Doctrinas de Caravantes. Caravantes en sus Comentarios á la Ley de enjuiciamiento civil española, dice á este respecto lo siguiente: «En todos tiempos se ha considerado el septimo día de la semana como destinado al descanso. *Aristóbulo*, filósofo peripatético, cita muchos pasajes de diversos autores, especialmente de *Hesiodo* y *Homero*, que señalan ese día como santo para todo el universo. Los indios, los persas, los caldeos, los egipcios, los peruvianos lo tenían en veneración. *Teófilo*, obispo de Antioquía, escribía en el segundo siglo, que todas las naciones celebraban ese día. Los atenienses y los romanos lo declaraban de fiesta en honor de la luna: los druidas de la Gran Bretaña lo tenían por sagrado: los fenicios lo consagraban á Apolo; y en tiempo de Mahoma los árabes lo respetaban como los judíos. Sin embargo, no siempre se fijó el reposo en ese día: algunos pueblos de Grecia lo habían fijado al octavo, así como los antiguos romanos. Estos hasta el tiempo de los emperadores cristianos, no consagraban al descanso el setimo día de la semana, sustituido por la Iglesia al antiguo sábado de los judíos, en honor de la resurrección. Uno de los primeros cuidados de *Constantino* fue prohibir á los tribunales administrar justicia el día del sol [domingo], y al pueblo de las aldeas y á los artesanos entregarse á sus trabajos ordinarios, exceptuando solo á los agricultores por la urgencia que podía tener el cultivo del campo. *Teodocio* permitió emancipar y

Digitized by Google

manumitir el domingo, pero mandó cesar en los demás asuntos y en las contestaciones judiciales en dichos días, así como en los siete que seguían y precedían á Pascuas, Natividad y Epifanía, En igual sentido se dió una constitución de *Valentiniano, Teodocio y Arcadio;* prohibición que se revocó por los Emperadores *León* y *Antonino.* También prohibieron las leyes romanas citar á juicio en tiempo de vendimia y de siega, excepto en los casos de urgencia y peligro, y para el nombramiento de tutores y curadores. De aquí la célebre distinción de los días en *fastos* y *nefastos*, formados de la palabra *fas*, ser permitido, y de ésta y la partícula *non*, no ser permitido, según que se aplicaba á los días en que se podía ó nó administrar justicia.»

Derecho moderno sobre días. Sabido es que la prohibición de practicar actuaciones judiciales en determinados días, está aceptada en el derecho moderno, como principio de derecho público, que reconocen las naciones generalmente. Los autores distinguen los días feriados, en *sagrados y profanos*, aquéllos por estar consagrados al culto y veneración que se debe á Dios, y éstos destinados á conmemorar acontecimientos notables, políticos ó civiles; y entre los profanos distinguen también los *ordinarios* que están declarados por la ley ó disposición permanente, de los *extraordinarios* ó repentinos, que se declaran ocasionalmente por motivos que van ocurriendo en la marcha del país: y aun todavía hacen una tercera distinción, entre los días feriados *generales*, que se guardan en toda la nación y los *particulares*, que se limitan á determinadas localidades.

Nuestros días feriados Entre nosotros, los días feriados sagrados son los que limitativamente señala el artículo que estudiamos, domingos, y jueves y viernes santos. Los profanos ó fiestas nacionales declarados por leyes y decretos son el 24 de Enero [que ha caído en absoluta desuetud y solo guardan los Tribunales, por evitar nulidades]; el 19 de Abril y el 5 de Julio, para conmemorar el inicio y la proclamación de nuestra independencia; y el 28 de Octubre para festejar el santo del nombre de nuestro Libertador. Mas son frecuentes las fiestas ocasionales, ya en el Distrito Federal, asiento del Gobierno Nacional, ya en localidades especiales de los Estados, para regocijos públicos por sucesos importantes de diverso género, ora de progreso, ora políticos, ora de gratitud, ó bien por causa de duelo.

Quién declara las fiestas nacionales? Y aquí ocurre preguntar ¿están autorizados los poderes públicos para decretar tales fiestas, y quienes pueden ejercer semejante facultad? La ley dice solo: *declarados de fiesta nacional.* ¿Quien es el llamado á declararlos? Que la Legislatura Nacional y las de los Estados tienen atribuciones para ello, no es cosa dudosa. Que la tengan los Poderes Ejecutivo Federal, Seccional y aun Municipal, dentro de sus jurisdicciones, si no es de derecho estricto, es al menos consuetudinario; y no es de censurarse en los límites de la justicia y la prudencia, que reclaman esas manifestaciones de consideración ó de gratitud, hasta por dignidad del mismo país. ¿Como dejar, por ejemplo, de recibir con honores y festejos, al Soberano ó Jefe de una nación amiga? Como dejar de acoger con regocijos, á un ejército que hubiese defendido el suelo patrio, de un invasor extranjero, con heroismo y con esfuerzo digno? ¿Como negar á nuestros grandes hombres, que sean verdaderos bienhechores del país y de sus conciudadanos, los honores debidos á sus servicios y merecimientos? El sentimiento público es la mejor guía; porque sabe discernir justicia en caso tales.

Fiestas eclesiásticas. Por supuesto que la autoridad eclesiástica puede ordenar fiestas religiosas y señalar dias de guarda; pero como semejantes preceptos solo ligan en conciencia á los respectivos creyentas, no son ley para los Tribunales y Juzgados, si no concurre alguna disposición gubernativa. En los Estados Unidos, el Presidente de la República decreta días de gracia y de oraciones, para tributar al Todopoderoso la gratitud nacional por los favores que dispensa á aquella feliz nación.

Digitized by Google

Vacaciones. Acuerda también el artículo á que nos contraemos una vacación general del 15 de agosto al 15 de setiembre, no fundándose en las necesidades de las labores agrícolas, como en lo antiguo, sino para descanso de los Magistrados y Jueces, en la estación más calorosa, á imitación de lo que se hace en muchos pueblos de Europa, Ahora la reforma última ha agregado otra vacación general del 24 de diciembre al 6 de enero, más cónsona con la costumbre universal, que destina en todos los pueblos esos días á regocijos del hogar, reuniéndose los miembros dispersos de las familias para reiterar el respeto y amor á los padres y el cariño á la niñez, á quien se dedican esas fiestas infantiles tan gratas y tan inocentes; y más cónsona á la vez con las creencias católicas de nuestro pueblo, que guardan especiales regocijos para la época de Navidad. Bien se ha hecho con la agregación; porque en esos días, difícil es lograr que testigos, peritos y cuantos son llamados á intervenir en asuntos judiciales agenos, cuando desatienden los propios para pasear y divertirse, se presten á ir á labores de Tribunales. Así se evita que corran en esos días inútilmente los lapsos judiciales, en perjuicio de los interesados.

Tiene cuidado el legislador de establecer que esas vacaciones no impedirán que sean atendidos durante éllas los negocios urgentes criminales ó civiles. Y con tal fin ordena llamar suplentes que actuen en toda diligencia que fuere urgente para la averiguación de los delitos y de los delincuentes, ó en interés de la vindicta pública ó del encausado, ó bien para asegurar los derechos de algún litigante. No podía ser de otro modo; porque tal desatención absoluta sería ocasionada á perjuicios graves para la misma justicia y para los interesados.

La separación no es forzosa. ¿Pero será forzosa á los Jueces propietarios el separarse y llamar los suplentes, ó podrán seguir ellos mismos en sus puestos, atendiendo á lo urgente que ocurra? Nos parece que les es potestativo lo uno ó lo otro; pues la vacación es un beneficio, que es siempre renunciable, en general, y les está acordado para el descanso. Bien pueden renunciar tal favor, no suprimiendo la vacación en que tienen interés otros, lo cual no pueden hacer, pero sí atendiendo á lo urgente. ¿Qué podría objetarse contra la validez de lo que así se hiciese cuando el poder legal de que se encuentran investidos no puede discutírseles? Cumplen el propósito de la ley, que es atender lo urgente, y lo único á que renuncian es lo que élla les concede personalmente. *Invito beneficium non tribuitur.*

Modo de obrar. Ahora en cuanto al modo de obrar en esas diligencias urgentes, nos parece que en cada caso debe hacerse previa solicitud de declaratoria de urgencia, expresando las diligencias que se quieran evacuar, y los motivos que justifiquen la urgencia alegada, á fin de que el Juez juzgue si son de aquellas en que se puede actuar y si hay tal urgencia; y en consecuencia la declare ó la niegue. Bien claro lo dice la ley que si el asunto fuere criminal ó civil contencioso no podrá procederse sino con citación previa de la otra parte, y *nunca* para ninguna otra cosa que la diligencia ó acto declarado urgente. De modo que no pueden sentenciarse causas ó incidencias pendientes, ni dárseles curso, ni hacer ninguna cosa que no tenga el carácter de urgente, como declarar una prohibición de enagenar contra uno que trata de burlar á su contrario, ó arraigo contra alguna parte que se prepara á ausentarse del país, ó asegurar bienes abandonados por fuga ó muerte, cuando fueren procedentes tales medidas.

Excepción de la Ley española. La Ley de Enjuiciamiento Civil de España hace excepción expresa de los negocios no contenciosos. Nuestro artículo no los exceptúa pero claro está que ni puede haber en éllos la misma rijidez que en los contenciosos, ni es raro, sino por el contrario más frecuente, que en éllos ocurra la urgencia para evitar perjuicios graves. Si vá á vencer el plazo para efectuar el rescate de una finca, y se necesitan autorizaciones del marido ó del Juez, para una muger casada, para un

Digitized by Google

tutor etc. á fin de llevar á cabo una operación que salve la finca ó allane dificultades, nadie podrá negar la necesidad urgente de atender oportunamente á ello. Sería contrariar malignamente el espíritu de la ley.

Día en que empieza el lapso. Volvamos ahora al principio del artículo para recordar que allí se dispone que en los términos ó lapsos judiciales no se deben contar, no sólo los días feriados si no han sido habilitados, sino tampoco aquel en que empiezan á correr, esto es, el día mismo en que el lapso se abre, como en el de prueba v. g. que no empieza á contarse sino desde el siguiente al en que queda abierto, en el de apelación, que no corre sino desde el siguiente al de la publicación de la sentencia de que se ha de interponer. Y esa disposición legal es justa y conveniente, porque el lapso no resultaría completo, y porque sería una verdadera complicación llevar cuentas de horas en cada asunto, y una inconsecuencia contar los términos de días, por horas.

Art. 163. En los términos establecidos en este Código para que quede extinguida alguna acción, no se contará tampoco el día en que empiecen á correr.

Art. 164. Los lapsos judiciales no podrán prorrogarse ni abrirse después de cumplidos, por ningún motivo; sin perjuicio de que en los casos que permita este Código puedan las partes suspender el curso de la causa en obsequio de una transacción.

Los jueces no podrán hacer dichas prórrogas ni reaperturas sino en los casos expresamente determinados por la ley, ó cuando una causa extraordinaria, no imputable á la parte que lo solicite, lo haga necesario.

Art. 165. Las dilaciones judiciales no podrán abreviarse sino por voluntad de ambas partes ó de aquella á quien favorezcan, expresada ante el tribunal, dándole siempre conocimiento á la otra parte.

Art. 166. Los términos y recursos concedidos á una parte se entenderán concedidos á la otra, siempre que de la disposición de la ley ó de la naturaleza del acto no resulte lo contrario.

ESTUDIO 54.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Los tres primeros artículos insertos son los 104, 105 y 106 del Código de 1880, modificados, y á la vez los 102, 103 y 104 del de 1873. Vienen de los 5 y 6 tit. XI, Ley única del de 1838. El artículo 166 actual es el 162 del Código de 1873 y 164 del de 1880.

Derecho Español.—*Ley 1ª tít. 15, Part. 3ª* « Plazo es espacio de tiempo que da el judgador á las partes para responder ó para probar lo que dizen en juyzio, quando fuere negado. E fueron fallados los plazos por esta razón; porque las partes puedan buscar abogados que las concejen. ó porque hayan tiempo en que sepan responder á la demanda que les fazen, otorgándola ó contradiciéndola, ó negando si entendiere que con derecho se puede partir del ó porque pueda aducir en juyzio testigos ó privillejos ó cartas para

Digitized by Google

probar é averiguar lo que cumple á sus pleytos; ó para tomar é seguir alzada ó para fazer ó cumplir toda otra cossa que el judgador le mandasse.»

Ley 2, tít. 15. Part. 3ª «Deven los judgadores dar plazo á las partes para probar, quando las razones que dixeren por si les fueren negadas . . . .»

Ley 1ª, tit. 10, lib. II. Nov. Recop. «Mandamos que concluso el pleyto, los de nuestro Consejo y Oidores de nuestras Audiencias den sentencia en que reciban las partes á prueva sobre todo lo por ellos dicho y alegado; y que las partes juren de calumnia; y que el término que se asignare por la dicha sentencia sea el siguiente: que si fuere en las ciudades y villas de aquende los puertos sea término de ochenta días y si allende los puertos, sea término de ciento y veinte días para provar y haver provado y para presentar la provanza: y los de nuestro Concejo ó el Presidente y Oidores ante quien la causa pendiere, pueden abreviar los dichos términos y cada uno dellos, acatada la calidad de la causa, y personas y cantidad y distancia de los lugares donde se han de hacer las probanzas; y que los non puedan alargar, y que esto sea por todos los plazos y término perentorio, con apersibimiento que no les sea dado otro término, ni este les sea prorogado ni gelo puedan prorogar ni alargar.»

Derecho Romano.—*Pand. Pothier. De dilationibus L. 2, Tit. XII.* «Dilatio de qua hic agitur est diei quo quis in judizio se sistere deberet probatio, data litigatori á judice, ut spatium habeat quærandorum litis instrumentum.»

«Hæ dilationes dantur tan ab ipso magistratu quam á judicibus pedaneis.»

«Illi autem qui in judicium vocatur, danda est; ad improbanda presum mendacia, vel proferenda aliqua instrumenta vel testes; quoniam instructum esse non poterit, qui prætor spem ad alienum judicium trahitur.»

«Vidimus in quibus cognitionibus non dentur dilationes. In cæteris, etiamsi cum fisco lis sit, dari possunt.»

«In pecuniariis causis omnis dilatio singulis causis plus semet tribui non potest; et . . . .»

«Feriæ autem, sive repentinæ sive solemnes sint dilationum temporibus non exipiantur, sed his connumeretur.»

La traducción de estos textos es la siguiente:

La dilación de que aquí se trata es una prolongación de tiempo acordada por el Juez al que debe presentarse en justicia para buscar los títulos de que tiene necesidad para su defensa.

Estas dilaciones pueden ser acordadas tanto por el Magistrado, como por los Jueces pedaneos.

Pero es necesario acordarla al que es citado en justicia á fin de que se prepare á rechazar las imposturas de su adversario, por testigos ó títulos, porque él no había podido ponerse en estado de responder á una demanda que no había previsto.

Acabamos de ver las causas en las cuales no se conceden dilaciones. En todas las demás, aun contra el fisco, pueden darse.

En las causas pecuniarias no se puede acordar sino una sola dilación; pero en las, etc.

Los días de fiestas solemnes ó extraordinarios se incluyen en la dilación, y no son descontados.

Digitized by Google

EXPLICACIONES.

Definición de término. Definen *Rouseau* y *Laisney* en su Diccionario de procedimiento, la palabra *delai (término)*, tiempo acordado por la ley, el Juez ó las partes para cumplir una obligación ó hacer un acto; y *Manresa* y *Navarro*, en sus comentarios á la Ley de enjuiciamiento española, dice que en el lenguaje forence se entiende por *término* el espacio de tiempo que se concede para evacuar algún acto ó diligencia judicial. La primera definición es general y comprende así los términos acordados en el Código Civil para las prescripciones de las acciones y para otros efectos, como los concedidos en el procedimiento. La segunda se refiere solo á lo último; esto es, á los juicios ya con relación á los litigantes, ya con relación á los funcionarios públicos que intervienen en aquéllos.

Importancia del tiempo en el Derecho. El tiempo es un elemento importante en el Derecho, como en todos ó casi todos los asuntos de la vida. El acompaña al hombre desde su concepción hasta la tumba y aun todavía más allá, asignándole condiciones, de consecuencias trascendentales en sus relaciones jurídicas; él ampara la propiedad, y á veces por sí solo la consolida irrevocablemente: él interpreta el silencio y el abandono, y mata derechos en obsequio de la tranquilidad social; él regla los derechos y las obligaciones en los pactos que el trato y comercio de los hombres hacen necesarios; él es factor indispensable en la apreciación de los hechos jurídicos, y en muchos actos de la vida civil; él en fin va regulando paso á paso la marcha de los procedimientos judiciales, conduciendo al Juez y á las partes para asegurar la legítima defensa de éstas, y la imparcialidad y el acierto de aquél, hasta el último acto de ejecución que cierra el proceso. Por eso el Derecho se ocupa del tiempo en distintas oportunidades; y aquí, en el tratado que estudiamos, se refiere á esas diversas porciones de él que se conocen con el nombre de términos.

Término, plazo y lapso se usan como sinónimas, porque expresan la misma idea; pero con más frecuencia se emplea la primera voz, como más técnica.

Distinciones. Aunque todos los términos emanan de la ley, los autores llaman especialmente *legales* los que la ley no solo concede sino que fija, como el de la litis-contestación, el ordinario de pruebas, el de apelación y otros; *judiciales* los que, concedidos por la ley, fija el Juez envirtud de la facultad que ella misma le dá, como el de distancia, el extraordinario de pruebas, el de los expertos para presentar sus informes en juicio, etc; y *convencionales* los que las partes fijan, como el que concedan á los arbitradores para conocer y decidir; etc. También distinguen los autores los *individuales* que solo utiliza una parte, como el de contestación, el de instrucción (para instruirse) y otros, de los *comunes*, que son los que se conceden á la vez á todas las partes y pueden utilizarlo simultáneamente, como el de pruebas, el de apelación etc. Finalmente distinguen entre los *prorrogables*, que pueden ser prorrogados ó extendidos mas allá del primero que se fijó, como el de la formación de inventario, el de distancia á veces, el de los expertos, de los *improrrogables*, que también se llaman *fatales* y *perentorios*, porque no pueden jamás extenderse, como el ordinario de pruebas, el de apelación, el del recurso de hecho.

Regla general del Código Civil. La regla general para contar los términos ó lapsos la da el artículo 10 del Código Civil. Según élla, los lapsos de años ó meses se contarán desde el día siguiente al de la fecha del acto que da lugar al lapso, concluyendo el día de fecha igual á la del acto, del año ó mes que corresponda para completar el número del lapso; con la advertencia de que el lapso que debiera cumplirse en un día de que carezca el mes, se entenderá vencido el último de ese mes. Así, si el plazo de dos años se da ó el 1°. de enero de 1897, concluirá el 1º de enero de 1899; sin tener en cuenta que uno de los dos fuese bisiesto, si tal sucediera. Y un plazo de

Digitized by Google

cuatro meses abierto el 31 de mayo de un año cualquiera concluirá el 30 de setiembre del mismo año; pero abierto el 30 de abril, no terminará el 31 de agosto, que es último, sino el 30.

Los lapsos de días ú horas se contarán desde el día ú hora siguiente al en que se ha verificado el acto que da lugar al lapso. De modo que el término de cinco días para apelar de una sentencia librada el primero del mes, corre del dos al seis inclusivos; el de veinticuatro horas abierto á la una de un día termina á las dos del siguiente.

Ya el artículo precedente dejó establecido que en los lapsos judiciales no se cuentan los días feriados, si no han sido habilitados, ni aquel en que empiezan á correr; de suerte que han de tenerse siempre en cuenta ambas cosas para el cómputo.

Exclusión de días. Ahora el artículo en que nos ocupamos, en armonía con la regla anterior, dice que en los términos establecidos en este Código para que quede extinguida alguna acción, no se contará tampoco el día en que empiecen á correr. Aquí tales acciones están equiparadas á los recursos; y del mismo modo que en el término para apelar ú ocurrir de hecho, no se cuenta el día en que comienza el lapso, tampoco se cuenta ese día en los del año para las acciones interdictales, en los seis meses para el juicio de invalidación, en el de cuatro meses para las quejas contra los Jueces etc.

Término para la extinción de acciones. La ley, ha querido sin duda ser explícita respecto de esas acciones cuya extinción establece el Código de procedimiento en cierto término; porque como las reglas para la prescripción de las acciones son materias del Código Civil, generalmente, buscóse alejar toda duda acerca de la computación del término en aquellas otras.

Términos judiciales. Como en varios de los artículos del Título á que venimos contrayéndonos se usan las palabras *términos judiciales*, *lapsos judiciales*, *dilaciones judiciales*, y ya hemos dicho que en la división de los autores llaman *judiciales* los fijados por el Juez, se hace preciso advertir que aquellas palabras no están tomadas en dichos artículos en ese sentido, sino en el de *pertenecientes al juicio.* ¿Y cuáles serán estos términoss judiciales? ¿Serán solo los establecidos en el Código de Procedimiento para la sustanciación y decisión del juicio, y para la ejecución del fallo? Así debiera ser; pero á veces el Código civil tiene que entrar en el terreno del procedimiento, para trámites ó detalles que se juzgaron indispensables allí, como en materia de interdictos en que traza el procedimiento que ha de observarse: en materia de consignación de cantidades para pago de obligaciones; y en algunos otros casos en que se extiende al modo de proceder. En nuestro concepto, hablando en general, todo lapso fijado, sea en uno sea en otro de los dos Códigos, si es referente á la ordenación del juicio, al procedimiento que el tribunal debe observar en una materia, debe tenerse como lapso judicial y le son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento. De otro modo podrían provocarse conflictos innecesarios, ó por lo menos crearse desarmonías chocantes en la legislación.

Dice luego el artículo 164, que reforma la disposición que venía de atrás, que los lapsos judiciales no podrán prorogarse ni abrirse después de concluidos, por ningún motivo; agregando ahora, «sin perjuicio de que en los casos que permita este Código puedan las partes suspender el curso de la causa en obsequio de una transacción.» Y añade que los Jueces no podrán hacer dichas prórogas ni reapertuaas sino en los casos expresamente déterminados por la ley, ó cuando una causa extraordinaria, no imputable á la parte que lo solicite, lo haga necesario.

Inteligencia del artículo. Estudiemos con detenimiento las diversas disposiciones comprendidas en el artículo. Según su primera parte los lapsos judi-

Digitized by Google

ciales no podrán prorogarse ni abrirse después de cumplidos. Prorogarse es extenderlos á más de lo que son, según la ley; de suerte que quiere esta prohibir que ni antes ni durante el lapso se haga tal extensión á más, para que no resulte aumentado el tiempo. Abrirse después de cumplido, es dar el término nuevamente; que tampoco quiere la ley. En consecuencia, si las partes aprovecharon el lapso, en todo ó parte, para aquello para que se les concedió, y quieren más por cualquier motivo, la ley prohibe concedérselo, y eso, aun cuando estuvieran ambas de acuerdo. Lo mismo sucede si dejaren transcurrir el lapso sin provecho. La ley no puede dejar á la discresión de las partes ni de los Jueces, semejantes puntos, que son esenciales para la buena sustanciación, y garantía de aquellas mismas y de la buena administración de la justicia, porque cierra la puerta á los abusos.

Acuerdo de las partes para suspender. Y la ley quiere más; que la marcha de los lapsos no sufra interrupción; pero en este punto ha creído deber hacer á las partes la concesión de que puedan suspender el curso de la causa, en los casos que este Código lo permita, pero solo en obsequio, ó sea, en el propósito de una transacción. Pero dice el artículo: «en los casos que permita este Código.» Como se habla de permiso sin requerir que sea expreso, debe entenderse que es en toda oportunidad posible, en que no se interrumpa un acto del Tribunal, por su naturaleza indivisible, como el estar ocupado actualmente en dictar providencia, ó hacer una inquisición de interés público ú otra cosa semejante. Y forzoso es recordar aquí que ya el artículo 22 de este mismo Código faculta á las partes para suspender el curso del pleito, por tiempo que determinarán de común acuerdo, en beneficio de una transacción proyectada, por acta ante el Juez ó por diligencia ante el Secretario. No puede ser más plausible y humanitario el motivo que guía al legislador, en ese permiso á las partes.

Prohibición á los Jueces de prorrogar. Y para ser todavía más explícita la disposición legal en esta materia, dice el último aparte, que los Jueces no podrán hacer dichas prórrogas ni reaperturas, siuo en los casos expresamente determinados por la ley, ó cuando una causa extraordinaria, no imputable á la parte que lo solicite, lo haga necesario. De aquellos casos expresos, recordamos el lapso para hacer el inventario, el concedido á los expertos y el de distancia, como los que resultan necesariamente cuando se repone una causa. Y los demás se derivan de los principios, según los cuales nadie está obligado á lo imposible, ni es responsable de los casos fortuitos ó fuerza mayor, ni de los hechos de su contrario. Si una parte que ha de evacuar una prueba fuera del lugar del juicio, se encuentra imposibilitada por guerra, bloqueo, terremoto, ú otro accidente de ese género, con razón podría pedir, justificándolo, que se le concediera otro término para la evacuación de aquella prueba.

Prohibición de suspender. Se comprende sin esfuerzo que, según el espíritu de las ditposiciones que estndiamos, y por las razones indicadas, la prohibición á los Jueces envuelve la de suspender los términos, sin la cual, abierta quedaría la puerta á abusos y arbitrariedades. Su regla es la misma que para las prórrogas y reaperturas, esto es, mandato ó permisión expresa de la ley, como para la contestación en los asuntos mercantiles, ó causa extraordinaria, que lo haga necesario. En tiempos ya distantes, ocurrió que una parte, que había evacuado una prueba de testigo, fuera del lugar del juicio, ocultó el lespacho que la contenía, porque su contrario había logrado contestaciones muy favorables á sí, en repreguntas: el apoderado del ocultador activó con ingancia la relación de la causa pretendiendo que se sentenciase sin el despacho, cuya presentación exigía su adversario, y decretó el Juez; y habiendo evadido la parte misma la intimación del Tribunal, éste se vió en la necesidad de suspender la vista mientras no fuese exhibido el despacho; determinación que confirmó el Superior para ante quien se apeló. Habría sido dar el triunfo á mala fe, burlando el principio de que *nemo ex delicto conditionem suam melior facere potest.*

Digitized by Google

Sistema de la ley española. En esta materia de términos, la Ley de enjuiciamiento civil española ha seguido un sistema distinto del nuestro. Declara prorrogables todos los términos que por disposición expresa del legislador no sean tenidos por improrrogables; y enumera luego estos minuciosamente, colocando en último lugar «todo término respecto del cual la ley haya declarado que pasado que sea, no se admitirá la acción, excepción, recurso ó derecho para que se conceda.»

Francamente, aquella ley que consta de mas de dos mil artículos, nos ha parecido recargada de reglamentación; y aunque vemos en los comentadores, que no faltan españoles mismos que la tildan de demasiado reglamentaria y prolija, no nos creemos autorizados para censurarla como tal; porque si bien es un defecto y un peligro en la legislación, la primera regla para el legislador es que la ley debe corresponder á las necesidades, condiciones y circunstancias del país donde ha de regir, y son los hombres competentes de España (que los tiene muy notables y distinguidos) los llamados á apreciar mejor las bondades é inconvenientes de sus propias leyes. En un país acostumbrado á la legislación casuística de sus antiguos Códigos, bien puede haberse creído más prudente evitar lo sinténtico y compendioso.

Cerremos la digresión, y continuemos.

Dice el artículo 165 que las *dilaciones* judiciales no podrán abreviarse sino por voluntad de ambas partes ó de aquella á quien favorezcan, expresada ante el Tribunal, dándole siempre conocimiento á la otra parte.

Aunque la dilación es en suntencia un lapso ó término, aquí se refiere la ley especialmente á aquellos concedidos para estudiar y prepararse, como para la litis contestación, para contestar excepciones ó reconvenciones, para promover pruebas, y otros semejantes, que se aprovechan ordinariamente fuera del proceso. Natural es que concurra la voluntad de ambas partes, cuando la dilación es común, y solo la de aquella á quien favorece cuando es de esta especie. Así vemos que fijado día para concurrir á nombrar asociados, solo pueden hacerlo antes los interesados, poniéndose de acuerdo y asistiendo juntos, y que para contestar en el mismo acto una excepción dilatoria, basta que el demandante renuncie el término y proceda á su contestación. En el primer caso la dilación es común, y en el segundo solo favorable al que ha de responder.

En fin, el artículo 166 declara que los términos y recursos concedidos á una parte se entienden concedidos á la otra, siempre que no resulte lo contrario de la disposición de la ley ó de la naturaleza del acto. Esto no es más que la consecuencia jurídica del principio establecido en el artículo 27, Título preliminar, que estudiamos atrás, según el cual debe mantenerse á las partes en los derechos facultades y goces que son comunes á ambas, sin preferencias ni desigualdades, y en los privativos de cada una según su respectiva condición. El término de pruebas, por ejemplo, no puede ser sino común; pero el de tachar testigos no se puede entender sino en favor de la parte contra quien han de declarar. Todo esto nos parece tan justo como claro y sencillo.

Art. 167. Los términos judiciales se contarán de la manera siguiente:

Los que se conceden para contestar demandas, excepciones, reconvenciones ó notificaciones, se contarán por días que no sean feriados ni de vacaciones, haya ó no audiencia, con tal que haya secretaría. Si en el día en que haya de tener lugar el ac-

Digitized by Google

to no hubiere audiencia, se verificará en la más próxima. Del mismo modo se contarán los días concedidos para allanar, reclamar alguna providencia, anunciar casación ó interponer algún otro recurso, y en general en todos los demás casos en que la ley no haya fijado otra regla.

En los términos para pruebas se hará el cómputo, por días de audiencias, contándose primero las de promoción, luego las dentro de las cuales debe proveer el tribunal sobre las pruebas, y luego las que falten para completar el lapso, por las audiencias que allí hubiere, si las pruebas se evacuaren en el mismo tribunal.

Si se evacuaren en otro de la misma localidad, el cómputo de lo que falte del lapso se hará, según las audiencias, en el tribunal comisionado.

Y si se hubieren de evacuar fuera del lugar del juicio, se contarán después del decreto de admisión, primero el término de distancia concedido y fijado para ida, luego lo que falte del lapso según las audiencias que allí se dieren, y por fin el término de distancia para vuelta.

Art. 168. El término de distancia se calcula á razón de treinta kilómetros por día, deberá ser fijado en cada caso, y se contará por días naturales, excluidos solo los feriados y de vacaciones.

ESTUDIO 55.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—El artículo 167 es nuevo y solo tiene por antecedente el 161 del Código de 1873, igual al 163 del de 1880. En el Código de 1838 no hay antecedentes.

El artículo 168 tiene por antecedente el 108 del Código de 1880, que es el 106 del de 1873, y viene del 131 de la Ley única, Título XI del Código de 1838.

Derecho Español y Derecho Romano.—No encontramos antecedentes determinados en éllos, sobre las disposiciones que vamos á estudiar.

EXPLICACIONES.

Sistema anterior y nuevo sistema. Designada en el Código Civil la manera de contar los lapsos, siguió la legislación de procedimiento el mismo sistema que traía ya, de disponer por exclusión, esto es, expresando que los días feriados y de vacaciones y los en que empezasen á correr aquéllos, no deban constarse en los mismos. Es ahora, en la reforma última, que el legislador juzgó necesario dar una regla directa y precisa sobre el modo de hacer la cuenta. La disposición que regía, de que no se contasen los días

Digitized by Google

en que sin ser feriados no hubiere audiencia, daba lugar á muchas dudas y á muchas discusiones é incidencias, sobre todo en el cálculo de los lapsos probatorios, cuando se comisionaban otros Jueces para evacuar prueba de testigos. Deteníanse los expedientes en el Tribunal comitente, por ocupaciones, ó por negligencia de los interesados; bajaban después al comisionado, corridos esos días de inactividad; dejaba de haber audiencia en este último Tribunal, ó por causas de otras diligencias en otros expedientes, no podían aprovechar el día los interesados; y de ahí nacían las dudas, las alegaciones y las pretensiones de mayores días para reponer los perdidos. Y aunque con menos frecuencia, solían también surgir dificultades respecto de otros lapsos. Tal estado quiso remediarse con las reglas que contiene el artículo 167. Según éllas, y como principio general, el lapso en que la ley no determina especialmente el modo de contarlo, se cuenta por días no feriados ni de vacación, sin tener en consideración que haya ó no audiencia, con tal que haya Secretaría. Tal es la regla general; y las excepciones quedan reducidas al término probatorio, que el mismo artículo manda luego á contar por días de audiencia, y el término para formalizar el recurso de casación, en que por el artículo 419 se manda á hacer la cuenta por días continuos ó consecutivos, excluyendo solo los de vacación.

Debe haber Secretaría. La razón para exigir que en el día que entre en la cuenta haya secretaría, es que en ese trascurso de tiempo concedido, probable es, que la parte necesite tomar algún dato ó copia de su expediente, y estaría imposibilitado de hacerlo si aquella oficina estuviese cerrada. Así, no puede quejarse de que se le inutilice de hecho el término concedido.

Lapso probatorio y modo de contarlo. Respecto del lapso probatorio, ordena el artículo contarlo por días de audiencia, empezando por los de promoción, que son diez, en los juicios ordinarios; y en los cuales se requiere que haya audiencia para que las partes puedan gestionar cuanto hayan menester para preparar su prueba, como copia de acto ó documento, etc. Sigue luego un paréntesis de días para oposiciones y opciones de las partes respecto de las pruebas promovidas; y en los que por fuerza ha de haber audiencia para imponerse y proveer el Tribunal. Y se concluye por completar el lapso probatorio con los días de audiencia necesarios para la evacuación de las pruebas.

Y va más alla la ley: hace la explicación necesaria para la más perfecta claridad, así:

Si la prueba se evacua en el mismo Tribunal de la causa, después del decreto de admisión, se siguen contando los días que falten para completar el lapso, por días de audiencia.

Si la prueba se ha de evacuar en un Tribunal comisionado de la misma localidad, toca á las partes activar la remisión del expediente ó de los despachos inmediatamente, porque los días de audiencia que corran en el Tribunal de la causa después del decreto de admisión, se computan en el término; y recibidos que sean dicho expediente ó despacho, por el comisionado, seguirán contándose los días de audiencia en ese Tribunal comisionado, hasta completar el lapso.

Y si las pruebas se mandan evacuar en un Tribunal fuera del lugar del juicio, después del decreto de admisión, se cuenta el término de distancia para ir, se sigue después contando el término por los días de audiencia allí, en ese Tribunal comisionado, hasta completarlo, y por fin se cuenta el término de distancia para volver.

Aclaraciones sobre dudas injustificadas. No puede estar más claro todo eso. Sin embargo, no ha faltado quien encuentre dudosa la disposición, por aquello de decir «*se hará el cómputo por audiencias;*» con el pretexto de que siendo éstas limitadas á las horas en que despacha el Tribunal, no puedan sobreentenderse en la disposición las palabras *días de* sino *horas de;* y por ende, no

Digitized by Google

pueden promoverse las pruebas sino dentro de esas horas, que en sustancia serán las que, á retazos, vengan á componer el lapso. Pero después que el Código Civil, cuyos preceptos no pueden ser olvidados, enseña que el tiempo se mide en derecho por *lapsos* de años, meses, días y horas; que los días son de veinticuatro horas, las cuales concluyen á las doce de la noche; y que se cuentan los días desde el siguiente al en que se verifica el acto que da lugar al lapso; y después que el Código de Procedimiento dice en distintos artículos, y repite, que el lapso ordinario de pruebas en las incidencias, en los juicios ordinarios y verbales es de días; no se concibe que por una interpretación arbitraria, que prescinde de tales enseñanzas legales, se conviertan los lapsos de días en trozos de horas. El simple criterio rechaza semejante modo de entender una cosa tan trivial. El término probatorio es de días; pues se cuenta por días de audiencia; y como el día es de veinticuatro horas, las pruebas pueden promoverse el décimo, á cualquiera hora hasta las doce de la noche; y en la evacuación de esas pruebas, si las horas de la audiencia son insuficientes, y es preciso seguir actuando, se prórroga aquélla por las horas indispensables hasta las doce de la noche.

Término de distancia. El artículo 168 completa la materia, disponiendo que el termino de distancia se calcule á razón de treinta kilómetros por día; que se fije en cada caso; y que se cuente por días naturales, excluyendo solo los feriados y de vacaciones.

La necesidad de ese término adicional, se explica por sí misma, desde que es para los casos en que ha de actuarse ó verificarse algún acto fuera del lugar del juicio. Hay que enviar allí, las órdenes ó despachos del comitente, y ha de poder atender cada parte á la defensa de su derecho, en cuanto ha de practicarse, si lo quisiere. Como se comprende, ese término es sencillo ó doble, según que se dé solo por venir al Tribunal, como sucede en la citación para concurrir á la litis-contestación, de un lugar distinto al del juicio; ó se acuerde para ir á otro lugar á practicar diligencias ó actuaciones, y regresar con el resultado. Ya dijimos antes, que la distancia que se toma en cuenta es la de la plaza principal del lugar donde reside el Tribunal comitente, á la plaza principal del donde existe el comisionado; y el artículo fija un día por cada treinta kilómetros, que son más ó menos seis leguas, ó una jornada cómoda aun á pié. Y como según los casos, las distancias son distintas, manda la ley, que se fijen en cada caso.

Días que se cuentan ó nó en la distancia. Por el objeto mismo de ese término adicional se entiende bien que deben contarse en él todos los días naturales, sin atender á que haya ó nó audiencia en el tribunal comitente ni en el comisionado. Es para viajar, para trasladarse de un lugar á otro, y nada más. Pero como los días feriados y de vacaciones están destinados al reposo, y aquéllos dejan también en libertad de cumplir deberes religiosos, existe siempre el motivo por el cual el legislador los hace inhábiles, y es consecuente en no obligar á nadie á viajar en éllos, y en excluirlo de la cuenta del término.

Razón de la disposición anterior. Acaso parezca á algunos defectuosa esa disposición, que no tiene en cuenta los adelantos en materia de trasporte por agua y por tierra. Mas la ley debe llevar el sello de igualdad para todos, ricos y pobres, á fin de que no se mejore la condición de uno y se dañe la de otro, y se brinden las mismas facilidades á ambos litigantes; con tanta mayor razón cuanto que aquel adelanto en líneas de vapor y ferroviarias se haya tan limitado á unos pocos determinados puntos entre sí, que forma una mínima excepción en las condiciones generales de la totalidad del territorio en sus faltas de vías de comunicación. Lo prudente, lo seguro, es lo que ha hecho el legislador, dar término tan holgado que la traslación oportuna esté al alcance de los de más exiguos recursos, y la igualdad en ello sea completa.

Digitized by Google

Art. 169. La causa cuyo curso esté en suspenso por motivos imputables á las partes, permanecerá en el mismo estado hasta que alguno de los interesados en ella pida su continuación. En este caso se citará á la otra parte ó á su apoderado, sin que corra ningún término mientras no conste haberse practicado estas diligencias. Esta citación puede verificarse por medio de la imprenta, dándose un término que no bajará de quince días para la comparecencia.

También podrá verificarse por medio de boleta dejada por la persona que autoriza los actos del tribunal, en la casa de la que haya de citarse, ó por medio de carteles fijados á las puertas del tribunal y en algún otro lugar público de la población, caso de que la persona que ha de citarse no tenga habitación conocida en el lugar.

Todas estas diligencias se harán constar en el expediente y se agregará un número del periódico en que se haya publicado la citación.

Art. 170. Cuando por ocupación del tribunal ú otro motivo no principiare á verse la causa el día designado, ni en ninguno de los ocho siguientes, y tenga que sufrir una demora indefinida, se avisará á las partes ó á sus representantes el nuevamente señalado para principiar su vista, de la manera establecida en el artículo anterior, pero pudiendo reducirse el término que él fija.

ESTUDIO 56.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—El artículo 169 es el 109 del Código de 1880 y 107 del de 1873; y viene en su parte principal del artículo 37, Ley única Título XI del Código de 1838.

El artículo 170 es el 162 del Código de 1880 y 160 del de 1873; y viene del 39 de dicha Ley única Título XI del Código de 1838.

Derecho Español y Derecho Romano.—No hay antecedentes de tales disposiciones, que son especiales de nuestro procedimiento.

EXPLICACIONES.

Paralización de que se trata. Contráese el artículo 169 al caso de hallarse paralizada una causa, por motivos imputables á las partes; y dispone que continúe en el mismo estado mientras algún interesado no pida su continuación. El Juez, pues, no puede de oficio poner en curso la causa paralizada, sino que ha de esperar la gestión de parte. Tiene lugar tal paralización por motivo imputable á esas partes, siempre que por no activar, por no concurrir á actos indispensables para la marcha del asunto, por dejar de suministrar el papel sellado necesario, ó estampillas ó derechos para el despacho ó para el envío del expediente por suspensión sin término de común acuerdo,

Digitized by Google

ó por cualquier otro medio, resulte que ninguno de los dos interesados ha querido ni procurado la continuación del asunto, de tal suerte que pueda decirse que á ellos se debe el estado de paralización. Justo es que ante tal inercia, permanezcan las cosas como están hasta que alguna de las mismas partes venga á hacer constar su voluntad contraria por una solicitud que la revele: y justo también es que sea citada entonces la otra parte, antes de dar ningún paso adelante, para impedir sorpresas y abusos.

Paralización por otras causas. Por lo mismo que la ley exije *motivos imputables á las partes*, está fuera de su disposición todo *motivo no imputable á éllas*, y entonces se obrará según los principios aplicables al caso. Supóngase que una de las partes ha estado agitando continuamente para remover algún obstáculo vencible, productor de la paralización, v. g. inasistencia de un conjuez: la otra, que se supone presente en la causa, debe estar en cuenta, y no tiene derecho á que se le cite, al quedar removido el obstáculo. Pero cuando la paralización es por caso fortuito, guerra, terremoto etc., entonces, aunque no sea por causa imputable á las partes, la citación es indispensable; mas es por otro principio, el de que *ad imposibilia nemo tenetur* en virtud del cual no puede alegarse contra ninguna de aquéllas la obligación de estar en el juicio.

Citación en este caso. La citación que ordena el artículo no necesita ser personal; y por eso dice el texto que se haga á la otra parte ó á su apoderado; y además facilita el medio de practicarla, ya por la imprenta, ya por carteles, como él lo explica; agregando que todas esas diligencias se hagan constar en el expediente.

Paralización de la vista de la causa. El artículo 170 se refiere á la paralización en la vista de la causa; y dispone que cuando ésta no principie el día designado ni en ninguno de los ocho siguientes, y tenga que sufrir una demora indefinida se avise á las partes ó á sus representantes el nuevo día señalado para empezar la vista, de la manera establecida en el artículo que expresa el modo de practicar la citación, pero pudiendo reducirse el término que allí se fija. Despréndese de eso, que fijado el día, por la ley ó por decreto del Juez, puede empezarse la relación ese día ó en cualquiera de los ocho siguientes; y si no se comenzare podrá suceder que el Juez dentro de ese mismo tiempo fije nuevo día: entonces la causa no va á sufrir demora indefinida, y no ha lugar á citar á la otra parte, á quien supone la ley instruida, por reputarla presente en el juicio. Puede también suceder que el Juez, dentro de los ocho días, no fije de nuevo la causa, y entonces desde que aquéllos pasan, ésta entra á sufrir demora indefinida, y hay que practicar la dicha citación. Y como es solo para avisar, el artículo autoriza para reducir el término, esto es, para citar por la prensa, y señalar un término más breve que el fijado para los emplazamientos, á fin de perder el menor tiempo.

Recuerdo de nuestro sistema en las citaciones. Recordemos ahora el sistema de nuestro Código. En el Título sobre citaciones vimos que es formalidad esencial para la la validez del juicio el emplazamiento para la litis contestación; y que practicado éste no se necesita ninguna otra citación para ningún otro acto del juicio, salvo disposiciones especiales. Luego, en el artículo anterior vimos que si el curso de la causa se paralizaba por motivos imputables á las partes, era indispensable la citación de la parte ó su apoderado, a solicitar la otra la continuación. Y ahora en el artículo que estudiamos, vemos que si la vista de la causa no comienza el día señalado ni en ninguno de los ocho siguientes, y debiere sufrir una demora indefinida, es también indispensable la citación á las partes para prevenirlas del nuevo día señalado. Los dos casos están comprendidos en la salva arriba aludida, y son por tanto indispensables las citaciones que se ordenan, para la validez de las actuaciones posteriores; de suerte que si no se hicieren, queda un vicio radical

Digitized by Google

que amerita nulidad, en los dos períodos expresados;—curso de la sustanciación —vista para sentencia.

En el curso de estos Estudios tendremos oportunidad de señalar otros casos especiales, en que es esencial la citación para la validez de ciertos actos.

TITULO VII

DE LAS SENTENCIAS

Art. 171. La justicia se administra por autoridad de la ley.

Art. 172. La sentencia deberá pronunciarse dentro de los tres días siguientes al en que se hayan concluido la vista é informes de las partes, salvo disposiciones especiales.

ESTUDIO 57

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—El artículo 171 es parte del artículo 110 del Código de 1880, que es igual al 108 del de 1873; y éstos idénticos al artículo 20 de la Ley única, Título XI del Código de 1838, tomado del 158 de la Ley orgánica de tribunales de Colombia de 1825.

El 172 es el 111 del Código de 1880 y 109 del de 1873: vienen del 17 de la Ley única, Título XI del Código de 1838 que daba dos días, mientras la Ley orgánica de Colombia artículo 80 daba quince para las definitivas, ocho para las interlocutorias con fuerza definitiva, tres para las otras interlocutorias y veinticuatro horas para autos de mera sustanciación.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 1ª tit. 22 Part. 3ª*—«Juyzio en romance tanto quiere decir como sentencia en latin. E ciertamente juyzio es dicho mandamiento que el judgador faga á alguna de las partes, en razón de pleyto que mueve ante él.»

Ley 16 tit. 19 lib. 11 Nov. Recop—«Desque fueren cerradas las razones en el pleyto para dar sentencia interlocutoria ó definitiva, el Juez dé y pronuncie, á pedimento de parte, la sentencia interlocutoria hasta seis días y la definitiva hasta veinte días; y si asi no lo hiciere peche las costas que se hicieren dobladas hasta que dé y pronuncie sentencia: y demas que el Juez que la dicha sentencia no diere á los términos susodichos, incurra en pena de cincuenta mil maravedis para nuestra Cámara. . . . . .»

DERECHO ROMANO.—«Causa utrinque perorata, post meridiem judex sententian ferebat, de qua re caverat ipsa lex XII tabularum: «Post meridiem præsenti litem etc.» *Sec. 6 tit. 1º lib. 5 Pand Pothier.*»

Dice ese texto:

Explicada la causa por las partes, el Juez pronunciaba la sentencia después de mediodía, como lo había prescrito la misma ley de las XII tablas: *Post meridiem etc.*

Digitized by Google

EXPLICACIONES.

Primer precepto. Al estudiar el artículo 33 de este Codigo, en su Título preliminar, expusimos cuanto teníamos que decir sobre el primer precepto del procedimiento en materia de sentencia, que es, que se libren en nombre de los Estados Unidos de Venezuela, lo mismo que las rogatorias para el extranjero, y las suplicatorias, exhortos y despachos, en el interior. Ese precepto era la primera parte, y el estudiado ahora, es la segunda, del antiguo artículo que venía rigiendo. Aquél, pues, determina el encabezamiento de las sentencias, y éste ahora, su conclusión, que debe ser, como se acostumbra. « Por tales fundamentos, *administrando justicia por autoridad de la ley*, se declara etc. »

Importancia. Si la primera parte, el encabezamiento, se tiene como ritualidad esencial, nó asi dicha conclusión, que muchas veces hemos visto omitir, sin dar lugar á discusiones. Y no puede tenerse como esencial, desde que en la parte motiva, el Juez expresa los fundamentos de hecho y de derecho de que se desprende su decisión, que bien mirada no es ni puede ser otra cosa que la consecuencia lógica y jurídica de las premisas establecidas en la parte motiva ».

No se usa la fórmula en las providencias. Algunos Jueces en la conclusión citan los artículos legales en que se apoyan, diciendo *por autoridad de los artículos tales del Código* etc: otros solo repiten las palabras de la disposición—*por autoridad de la ley*—; y con una ú otra fórmula queda cumplido el precepto. Pero debemos advertir que, como en la práctica llámanse especialmente sentencia á las definitivas y á las interlocutorias; y á las demas decisiones del Tribunal, decretos, providencias ó autos, la fórmula de que venimos hablando no se usa sino en aquéllas, y no en éstos. Así, un decreto de admisión de pruebas limítase á decir: *admítese la prueba cuanto ha lugar en derecho:* un auto de admisión de apelación, á estas ú otras palabras semejantes—*óyese libremente la apelación interpuesta—;* y lo mismo en los demás casos de esa índole.

Explicaciones sobre la voz sentencia. Daremos mayores explicaciones—Sentencia viene de *sentiendo*, voz latina, que significa sintiendo, juzgando, opinando—*Merlin* en su Repertorio la define en términos genéricos, así: «la decisión de una controversia, dada por un Juez, entre personas que no están de acuerdo». Y *Rouseau* y *Laisney* en su *Diccionario*, «toda decisión de un tribunal sobre una diferencia que le es sometida». Síguese de esas disposiciones que para que haya sentencia es preciso que haya contensión; y como en los asuntos de jurisdicción voluntaria no la hay, las resoluciones del Juez, aunque con apariencia de sentencia, no son tales, como lo explican *Laurent* en sus comentarios al Código Civil francés, vol. XX, y otros autores.

Divisiones definitivas. Distínguese la sentencia en *definitiva é interlocutoria*, de *inter* y *locutio*, ó como dicen los franceses *avant faire droit.* La definitiva es la que termina el juicio, bien decidiendo el punto de fondo, bien resolviendo alguno incidental pero en términos que hacen imposible la continuación del juicio, verbi-gracia, declarando con lugar un desistimiento, declarando al actor persona ilegítima para estar en juicio, acogiendo la cosa juzgada opuesta como excepción dilatoria etc. Tales decisiones, aunque no sobre el fondo, resultan en el hecho definitivas.

Interlocutorias y sus especies. Las interlocutorias, según la doctrina antigua española, son de varias especies. Unas solo resuelven puntos de mero procedimiento, para dar al asunto el curso legal; y no son propiamente sentencias sino autos ó providencias, como: *«cítese al demandado con arreglo á la ley»: «informe el portero sobre la citación»: «tómense las declaraciones tales»: «señálanse tales horas de tal audiencia para la comparecencia de los testigos».* Otras, sin necesidad de discusión probatoria, ni relación ni informes de las partes, deciden puntos mas trascendentales, como la no apertura á pruebas por ser el punto

Digitized by Google

de mero derecho, la no admisión de prueba testimonial, la inadmisión de un capítulo de la prueba promovida etc. y son llamados mas generalmente decretos ó providencias, que causan gravamen irreparable por definitiva, por que no se podrían enmendar de ordinario entonces. Y otras en fin, no se libran sino previa relación é informes, y deciden articulaciones en el juicio, dejando terminado del todo el punto discutido; por lo cual se las llama sentencias interlocutorias, y antes se decía que tenían fuerza de definitivas, en este mismo sentido, de concluir definitivamente el punto discutido, sin atender á que hiciera ó no imposible la continuación del juicio. Hoy, para los efectos de la casación, no puede prescindirse de atender á este último.

Tecnología española. La Ley de enjuiciamiento civil española ha adoptado una tecnología determinada y precisa: divide las decisiones judiciales en *providencias, autos y sentencias*, definiéndolas y reglamentando su forma; según lo cual las providencias no necesitan razones ni considerandos, como lo requieren los autos y sentencias. En nuestro Código no existe ese rigorismo de palabras. El llama *sentencia*, en general, á toda decisión en el juicio civil: en *especial* á la decisión *definitiva* ó que *pone fin al juicio* ó hace imposible su continuación, y á la que *resuelve las incidencias: providencia*, toda decisión en la sustanciación de la causa ó de las incidencias; y llama *decreto*, á las decisiones interdictales, á las relativas á secuestro, arraigo y afianzamiento y á las libradas en las ejecuciones.

Término legal para sentenciar. Volvamos ahora la vista al artículo 172, que ordena pronunciar la sentencia dentro de los tres días siguientes al en que hayan concluido la vista é informes de las partes. Esos *últimos* términos usados por la ley, son los que autorizan para tener especialmente como sentencia, la definitiva y las interlocutorias en que hay relación é informes.

Excepciones. Tres días da el artículo, salvo disposiciones especiales; pues las hay en que se manda sentenciar al siguiente día de concluido el lapso de ocho, de las incidencias; ó dentro de veinticuatro horas, como en los decretos interdictales, y en los juicios verbales; ó dentro de cinco días como en casación. Pero la regla general es la que dá este artículo, que es la misma establecida en el artículo 26 para los casos en que la ley no fija lapso para alguna providencia.

Estrechez del término. Corto parecerá este término cuando se trate de asuntos complicados y graves, si bien suficientes para los ordinarios, casi siempre sencillos. Pero la ley, que ha de ser general en preceptos de esta índole, consulta la brevedad. En la práctica, los Jueces encuentran en los dichos asuntos complicados, la manera de tomarse el tiempo necesario, llevándose á su casa el expediente para trabajar con sosiego, y no dando audiencia ni secretaría en ese tiempo que se toman; de suerte que la sentencia resulta librada en el término legal.

Será vicio radical la falta? ¿Pero será vicio radical de la sentencia, el que aparezca dada fuera de los tres días? Partiendo del supuesto de que el Juez no se desentienda de su deber de sentenciar, y lo difiera indefinidamente, sino que esté ocupado de estudiar su fallo, no creemos que sea vicio radical la dicha falta. Ya el artículo 29 del Título preliminar, sobre Disposiciones Fundamentales, indica los vicios radicales de la sentencia, y no incluye en éllos la falta de que tratamos. *Caravantes* y otros autores piensan que es válido el fallo; y si no recordamos mal, así lo ha decidido la Corte de Casación, y es doctrina corriente. En verdad, el tiempo no es circunstancia esencial en la sentencia misma, si ésta llena todas las demás condiciones intrínsecas. Y si bien es cierto que no debe darse campo á la arbitrariedad de los Jueces, ya hemos dicho que solo son aceptables esas demoras, en tanto que no dejen el asunto diferido indefinidamente; porque entonces, tendrían que volver á fijar la causa, con citación de las partes, y llenar las formalidades de vista, para librar su decisión.

Digitized by Google

Art. 173. Toda sentencia debe contener decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo á las acciones deducidas y á las excepciones opuestas, condenando ó absolviendo, en todo ó en parte, nombrando la persona condenada ó absuelta y la cosa sobre que recae la condenación ó absolución; sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia.

También contendrá los fundamentos en que se apoya y la fecha en que se ha dictado.

La sentencia que absuelva de la instancia no tendrá efecto alguno, y se procederá como si no se hubiese dictado, en la parte que tenga aquel vicio.

ESTUDIO 58

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—El artículo copiado es exactamente el 112 del Código de 1880 y 110 del de 1873. Su primera parte es tomada del artículo 16 de la Ley única Título XI del Código de 1838.

Derecho Español.—*Ley 3ª tit. 22 part. 3ª*—Cierto e derechurero, segun mandan las leyes de nuestro libro, e catada e escudriñada e sabida la verdad del fecho debe ser dado todo juyzio, mayormente aquel que dizen sentencia definitiva; por que tal juyzio como este, pues que una vez lo oviere bien ó mal juzgado, non lo puede toller nin mudar aquel juez que lo judgó, si no fuere el Rey . . . »

Lex 5ª de los dichos tit. y Part. «E debe ser dictado el juyzio por buenas palabras é apuestas, que lo puedan bien entender sin dubda ninguna, e señaladamente debe ser escrito en él, como quita ó condena al demandado en toda la demanda, ó de cierta parte della, segun él entendiere que fué averiguado e razonado antel . . . »

Ley 14 dichos tit. y Part. So condición non deven los judgadores dar sus juyzios, e si por aventura los diessen, e la parte contra quien fuessen dados, se alzase, por tal razón como esta lo podría revocar el juez del alzada . . »

Ley 16 dichos tit. y Part. « Afincadamente debe catar el judgador, que cosa es aquella sobre que contienden las partes ante él en juyzio, e otrosi en que manera fazen la demanda, e sobre todo que averiguamiento ó que prueva es fecha sobre ella: e entonce deve dar juyzio sobre aquella cosa. Ca si fuere fecha la demanda antel sobre un campo ó sobre una viña, e el quisiere dar juyzio sobre casas ó bestias, ó sobre otra cosa que non perteneciesse á la demanda, non deve valer tal juyzio. Esso mismo dezimos que seria si la demanda tan solamente fuesse fecha sobre el señorio de la cosa, e él judgase sobre la posesión Otrosi dezimos que si el demandador demandase á otri cavallo ó siervo quel m ıdara ó le prometiera, non le nombrando, nin señalando ciertamente qual; e l juez diesse despues juyzio contra el demandado que diesse al demanda- d fulan siervo, señalado por nombre, ó fulan cavallo, señalado por color ó ɔr sus faziones, tal juyzio como este non seria valedero; porque bien assi c o fué fecha antel la demanda en general, en aquella misma manera deve él d l juyzio . . . »

Ley 8ª tit. 16 lib. 11 Nov. Recop. « Para evitar los perjuicios que resultan c a práctica que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus senten- ci ando lugar á cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo

Digitized by Google

en la extensión de las sentencias, que vienen á ser un resumen del proceso, y las costas que á las partes se siguen; mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose á las palabras decisorias, como se observa en mi Consejo etc . . . »

DERECHO ROMANO.—« Sententia debet esse conformis libello et potestas judicis ultra id quod in judicium deductum est, nequaquam potest excedere. *L. 18 D de comun. div.* »

Cuyo texto dice: La sentencia debe ser conforme con el libelo, y el poder del Juez no puede exceder de lo que es deducido en juicio.

EXPLICACIONES.

Esencia de la disposición. El artículo á que nos contraemos expresa los requisitos ó formas intrínsecas de las sentencias, aparte de la justa apreciación del mérito de los autos y de la acertada aplicación de la ley, que de otro lado debe hacer el Juez.

Partes de que se compone el fallo. Los prácticos distinguen en los fallos las diversas partes de que se componen, así: la *enunciativa*, *narrativa* ó *expositiva*, en que se expone el carácter ó cualidades de las partes, sus pretensiones y sus medios de prueba: la *motiva*, en que el Tribunal expresa los fundamentos ó razones que sirven de apoyo á su juicio; y la *resolutiva*, en que falla ó establece cual es su decisión, declarando ó definiendo los derechos y las obligaciones respectivas en la materia de la controversia.

La de más importancia es la resolutiva. De esas tres partes, la última, la *resolutiva*, es la de capital importancia, la que dá la ley entre las partes, la que causa ejecutoria, y la que ha de recibir ejecución. De suerte que aun cuando apareciese desarmonía entre la parte *motiva* y la *resolutiva*, sería ésta la que predominaría, la que habría de ser atendida y respetada de preferencia, por lo mismo que es la regla dada por el Juez, la verdadera solución de la controversia. Y debe tenerse presente que en aquellos pleitos complicados en que hay cuestiones incidentales, cuya resolución sirve de premisas, á la decisión del punto ó puntos principales, aunque tales resoluciones previas estén contenidas en la parte *motiva*, son en verdad partes de la *resolutiva*, y como tales deben tenerse en el caso dado.

Objeto de la parte narrativa. La parte *narrativa* sirve para constancia de los caracteres de las partes en el juicio, de cuales son las pretensiones de cada una, y las cuestiones á que la sentencia dará solución en aquella causa. Nunca estará demás toda recomendación, de ser clara y concisa, evitando inserciones largas y cansadas, limitándolas á solo pasajes sustanciales, ó que merezcan atención.

Parte motiva. Su importancia. La parte *motiva* sirve para hacer conocer las razones de hecho y de derecho en que el Juez apoya su juicio, para que se comprenda mejor su pensamiento, y para explicar y facilitar la interpretación de la parte *resolutiva*, haciendo resaltar el mandato de la ley. Y sobre todo, es la que suministra los elementos para formar la jurisprudencia por la aplicación práctica de los verdaderos principios de la ciencia. « La importancia que los fallos han adquirido desde que son motivados, ha dicho *Mr. Renouard*, citado por *Krug-Basse*, ha venido á ser un hecho científico de inmenso alcance, de gran resultado: no es obra del azar, sino que había sido previsto y tenido como cierto, de antemano; es uno de los más felices frutos de nuestras modernas instituciones judiciarias. Sin duda puede temerse que una parte de éllos se contradigan y se destruyan unos á otros; pero ni habría justicia en exagerar ese hecho, ni sagacidad en alarmarse demasiado ». Nosotros podemos agregar hoy, en vista de los pingües frutos que ha obtenido

Digitized by Google

la ciencia en todas partes, que el motivar las sentencias, es una verdadera y valiosa conquista de las instituciones modernas.

Las tres partes, de que hemos hablado, deben formar un todo armónico, una trabazón lógica, de modo que la final aparezca como la consecuencia natural y jurídica de un silogismo, de que las otras precedentes son las premisas.

Explicación del precepto de la ley. Para llegar á ese fín, el artículo dice á los Jueces que la sentencia debe contener decisión *clara*, *positiva* y *precisa*. *Clara*, esto es, redactada de modo que pueda ser entendida sin confusión, dudas ni ambigüedades; de suerte que lo que lo que se disponga ó declare quede bien determinado y lo entienda todo el que lo lea. *Positiva*, es decir, afirmativa, no sugeta á condición ni eventualidad; de modo que lo que se disponga no quede dependiendo de ningún hecho futuro, de ningún acontecimiento por venir, de ninguna prueba por hacer, sin cuestiones ni pleitos en lo adelante. Y *precisa*, esto es, en términos correctos, exactos, bien definidos, sin superfluidades ni agregaciones innecesarias.

Congrüencia. Agrega el artículo: *con arreglo á las acciones deducidas y á las excepciones opuestas.* Es esto lo que la ley española llama congruencia entre la demanda y la contestación, de una parte, y la sentencia, de la otra. En todo tiempo ha exigido la legislación esa conformidad; y los expositores han explicado que ella debe recaer sobre las *personas*, *cosas*, *causa* y *acción*. *Manresa y Navarro* agrega y *causa de pedir*.

En las personas. Respecto de personas la sentencia debe concretarse á las que han sido parte en el juicio, sin poder declarar derechos en favor ni imponer obligaciones en contra, de terceros extraños al pleito. Por supuesto que si en el curso de éste muriese alguno de los litigantes, los que vengan á él en representación de sus derechos, se consideran para el efecto, como su misma persona. Y por supuesto también, que al decir persona ó parte en el juicio, ha de entenderse con el mismo carácter, con la misma cualidad con que el antecesor ha obrado en él; pues no debe confundir la sentencia la personalidad del que obra en nombre propio, con la que lo hace con el carácter de tutor, de curador, de administrador de rentas públicas, etc., etc., y reconocerle derechos ó condenar á una personalidad por otra. Según esa doctrina no puede el Juez declarar en su sentencia que la cosa litigada pertenece á un tercero, aun encontrando que no es de ninguno de los litigantes, sino de aquel otro. Tal motivo solo le autorizaría para declarar sin lugar la demanda; como debería hacerlo también al encontrar probado que la obligación demandada no incumbe al reo sino á otra personalidad.

En la cosa. Respecto de la conformidad en la *cosa*, la sentencia ha de concretarse á lo que es objeto del litigio, absteniéndose de pronunciar sobre cualquiera otra no demandada ni discutida. Así; si no se hubiesen demandado frutos ni intereses, ó daños y perjuicios, el fallo no podría condenar á pagarlos, aunque de la resolución del punto principal pudiera deducirse el derecho á éllos. Y en general, falta la debida conformidad siempre que en la sentencia se conceda más de lo pedido, caso en que se dice que hay *ultrapetita*, y es motivo de casación. Mas cuando la sentencia acuerde menos de lo pedido, porque así se encuentre justo, no habrá aquella inconformidad ni aquel vicio pues dentro de lo demandado se comprende la parte concedida por el Juez. Pero repetimos que ha de concretarse á lo demandado, de tal suerte que si se pide una cosa genérica, no puede pronunciarse sobre una específica, ni cuando se demanda una obligación alternativa, fallar solo sobre uno de los extremos.

En la causa. Con relación á la *causa*, debe también existir en la sentencia conformidad con la que ha sido alegada, esto es, con el título ó la razón aducidos como fundamento de la demanda; pues la misión del Juez es decidir lo que ha sido objeto de la cuestión, del debate, y no puntos distintos. Si se de-

Digitized by Google

manda, por ejemplo, un caballo por haberlo prestado al demandado, no podrá el Juez mandarlo entregar, fundándose en encontrar probado que el reo lo había vendido ó donado al actor. Si se pide una cosa por título de legado, no podría la sentencia declarar que el heredero la entregase por haberla vendido el testador al demandante. En casos tales, no probado el título ó *causa de pedir*, aun cuando apareciere bien demostrado otro, la demanda no podría declararse con lugar, si bien quedaría á salvo al actor su derecho para demandar de nuevo por ese otro título ó causa sobre que no versó la demanda ni pudo versar la defensa del demandado. Si lo contrario se hiciese, habría manifiesta infracción del artículo que estudiamos, y fundamento para casar el fallo.

En la acción. Por último se exije la conformidad en cuanto á la *acción*, de la sentencia con la demanda. A veces la determinación de la cosa y de la causa de pedir definen bien la acción intentada; y por lo mismo la conformidad de aquellos dos puntos envuelve la conformidad en la acción misma. Mas en ocasiones, de un mismo contrato se derivan distintas acciones, y siendo una misma la cosa y uno mismo el título, puede pedirse con acciones diferentes: por ejemplo, con el título justo traslativo de dominio puede demandarse la propiedad y la posesión, ó una ú otra solamente; ó bien con un título ejecutivo, ejercerse la acción ejecutiva ó la ordinaria, ó con un documento hipotecario, la acción real ó la personal. Entonces es preciso buscar también la conformidad de la sentencia con la acción concretándose á la deducida.

No ha de olvidarse que sin faltar á esa conformidad, la sentencia puede conceder menos de lo pedido, con tal que lo concedido entre en la acción propuesta. Por eso juzgamos acertada una sentencia de la Corte Suprema del Estado Zulia, en una demanda en que se pedía el tercio de un buque y su carga por derecho de salvamento, en la cual estableció que bien podían los Tribunales plantear y resolver la cuestión de indemnización por servicios que contribuyeron al salvamento, y mandarlos pagar, á juicio de expertos, sin infringir el artículo que estudiamos, ó sea, sin ser rigurosamente necesario limitarse á declarar con lugar ó sin lugar el derecho al tercio por salvamento. Y por eso, y solo con la limitación que hemos dicho, encontramos aceptable el ejemplo de *Escriche*, de poder fallarse una demanda en que se pide la finca enfitéutica como caída en la pena de comiso, declarando que el demandado debe únicamente pagar el cánon adeudado, por no encontrar probados los extremos para el comiso.

Congruencia con las excepciones opuestas. Pero nuestro artículo exige también la conformidad de la sentencia con las *excepciones opuestas:* lo cual es tan natural y jurídico que se desatendería del todo la defensa del demandado, se haría nugatoria su audiencia y se cometería la mayor arbitrariedad, si en la sentencia no se considerasen y resolviesen sus excepciones, sus defensas oportunas. No quedarían resueltos los puntos cuestionados, la verdadera materia del litigio, si se obrase de otro modo. Y aquí también conviene advertir que la sentencia no debe excederse, entrando á resolver excepciones no opuestas, ó unas excepciones por otras. En una demanda, verbigracia, por cobro de dinero, en que el reo opone la excepción de pago, debe la sentencia concretarse á examinar y decidir si el pago está ó no probado; y no podrá absolver fundándose en una prescripción no alegada, ó en remisión ó condenación de la deuda, ú otra excepción no opuesta.

Alegato de las partes. No se crea, sin embargo, que por exigirse dicha conformidad de la sentencia con la acción y con las excepciones, sea necesario que aquélla se consagre á considerar todos los alegatos hechos por las partes, para refutar los adversos y acojer los favorables á la decisión: nó, que esa sería una obra de crítica impropia, no conforme con la misión del Juez ni con el espíritu de la disposición que estudiamos. Basta expresar con claridad los motivos que han obrado en el ánimo del Juez, y citar las leyes aplicables, á su juicio, invocadas ó nó por las partes.

Digitized by Google

Condenatoria ó absolución. Aun agrega el artículo: «*condenando ó absolviendo, en todo ó en parte, nombrando la persona condenada ó absuelta, y la cosa sobre que recae la condenación ó la absolución.*» Quiere, pues, el legislador que expresamente diga la sentencia que condena ó absuelve al demandado en el todo, ó en qué partes, cosa ó cantidad lo condena, y, en cual lo absuelve; de modo que la condenatoria ó la absolución queden perfectamente determinadas. Llenan esas exigencias de la ley las frases acostumbradas—*se declara con lugar la demanda*—, con lo cual está dicho que se acogen en todas sus partes las pretensiones del actor, y en éllas se condena al reo; ó bien—*se declara sin lugar la demanda*—, para decir que se absuelve al demandado de todo cuanto se le demanda. Pero si la demanda se acoge solo en partes, debe expresarse con claridad á qué se condena, bastando agregar, respecto del resto,—*absolviéndose en lo demás, ó declarándose sin lugar la demanda en cuanto á lo demás*—.

A veces en la demanda no se pide que se dé ó entregue, ó se haga ó no alguna cosa, sino solo que se reconozca ó declare un derecho ó un hecho; y á hacer ó negar tal declaratoria debe concretarse la sentencia.

Conclusión en las dilatorias. Y en fin, en las sentencias interlocutorias, en que no se discuta sino algún incidente del juicio, como la excepción de ilegitimidad, incompetencia, ó un secuestro ó un desembargo, obvio es que no habrá lugar á condenatorias ni absoluciones, sino á que la sentencia haga en términos claros, precisos y congruentes, las declaratorias que requieran las pretensiones de las partes.

En resumen. En síntesis diremos, pues, que toda sentencia debe contener en su parte dispositiva cuantas declaraciones y pronunciamientos sean necesarios para que queden resueltas terminantemente todas las cuestiones discutidas, tales como hayan sido planteadas, como lo enseña *Manresa y Navarro.*

Fundamentos del fallo. Exige así mismo nuestro artículo que la sentencia contenga los fundamentos en que se apoye, y la fecha en que se dicte. Ya hemos hablado de la parte *motiva* del fallo, de su objeto y de su utilidad; y solo nos resta decir que á cada punto de demanda debe responder la sentencia con una decisión motivada: *tot capita tota sentencia*, para que quede cumplida la ley, salvo el caso en que por motivos que se expresen, no deban tomarse todos ó algunos en consideración, ó deban apreciarse en conjunto, por razones que los comprenda.

Libertad de redacción. El legislador no dá fórmula á los Jueces para sus fallos, dejándolos en libertad de redactarlos como lo crean más conveniente. Los franceses usan,—*Attendu*—para ir estableciendo los hechos, y—*Considerant*—para las apreciaciones y observaciones de derecho. Los españoles en su última Ley ordenan la distinción entre los puntos de hecho y los de derecho; y preceptúan el uso de las voces—*Resultando*—para encabezar los párrafos en que se establecen los primeros—y *Considerando*—para los relativos á las aplicaciones ó apreciaciones del derecho. Entre nosotros se ha ido introduciendo la práctica francesa, y en apartes que comienzan por la frase—*En atencion á, ó Atendiendo á,*—se establecen los hechos, y en diversos—*Considerandos,*—los motivos del fallo.

Falta de motivos. Oportuno creemos advertir que no debe olvidarse que la ausencia de motivos en el fallo es falta de orden público, que amerita casación; y que no debe confundirse la omisión de motivos con la insuficiencia ó error de éstos; ni en fin perderse de vista la diferencia que existe entre los puntos de las pretensiones de las partes, con los diversos medios ó argumentos que hacen valer para sostenerlos. Hemos visto algunas sentencias de segunda y de tercera instancia en que se confirma la apelada, adoptando los motivos alegados en éllas. La Corte de Casación de Francia ha consagrado allí ese uso de las Cortes, como suficiente para cumplir la ley; pero la doctrina de los autores, en general, se ha mostrado menos indulgente, no considerándolo justificado; y *Chauveau* cita un

Digitized by Google

caso de casación de una sentencia de la Corte de Metz, que había confirmado adoptando los motivos de los primeros Jueces, los cuales precisamente se habían olvidado de darlos. En teoría, cada Tribunal debe motivar su fallo para cumplir la ley. Pero creemos demasiado riguroso impedir á un Tribunal de alzada adoptar los motivos del inferior, cuando los encuentre ajustados al mérito de los autos y á las prescripciones de la ley. Para nosotros la cita de *Chauveau* no prueba otra cosa que el peligro de que los Jueces se descuiden y no examinen con detención el fallo, objeto de la apelación.

Condenaciones de oficio. Enseña *Krug-Basse* en su obra *Del oficio del Juez en lo civil*, que el principio de que aquél no puede decidir sino sobre lo pedido por las partes, sufre algunas excepciones que enumera. La primera, que no podría tener aplicación entre nosotros, es relativa á intereses usurarios, asunto de orden público en Francia. La segunda, es relativa á las costas, sobre las cuales pronuncia aun sin solicitud de las partes. La tercera, es para establecer la responsabilidad por las mismas costas, á los tutores, curadores y otros administradores de bienes que han comprometido los de sus administrados, en el juicio, y aun de los procuradores y ujieres que han excedido los limites de su ministerio. Y la cuarta para pronunciar de oficio apercibimientos, suprimir escritos y testar conceptos que declare el Juez calumniosos. En estos tres últimos casos encontramos aplicable la doctrina entre nosotros, y aun disposiciones expresas sobre algunos de esos puntos.

No puede absolverse de la instancia. Por último declara nuestro artículo que en ningún caso puede absolverse de la instancia, y que la sentencia que así lo haga no tenga efecto alguno, y se proceda como si no se hubiera pronunciado, en la parte que tenga aquel vicio.

Absolver de la instancia es dar por quito ó absuelto al demandado, solo por entonces, solo por los datos que contiene aquel proceso, pero salvo que pueda volverse á seguir el mismo pleito con mayores recaudos. No se termina el juicio sino que se aplaza, quedando el demandado bajo la amenaza de un nuevo litigio. Con razón ha reprobado la ley semejante sistema, que daña los intereses de ambas partes, que eterniza las contiendas judiciales, que mantiene la intranquilidad en las familias, y que abre á los Jueces ancha vía para evadir su deber mas importante, cual es el de fallar dando á cada cual su derecho. Mal se avendría semejante aplazamiento con la elevada misión de los Jueces, que es administrar pronta y buena justicia. Y como sanción de la prohibición dispone el artículo, que tal absolución de la instancia no surte ningún efecto, y que la sentencia que la pronuncie se tenga como inexistente.

Art. 174. Después de dictada una sentencia no podrá revocarla ni reformarla el tribunal que la dictó, á no ser que sea interlocutoria, no sujeta á apelación, pues entonces podrá hacerlo á solicitud de parte, si ésta reclamare dentro del término que la ley concede para apelar, y de oficio, mientras no se haya pronunciado la sentencia definitiva, salvo disposiciones especiales.

Sin embargo, el tribunal podrá librar aclaratoria ó ampliaciones sobre toda especie de sentencias dentro de dos días después de dictadas, con tal que lo solicite alguna de las partes en el día en que tuvo lugar su publicación, ó en el siguiente.

Art. 175. Los tribunales de justicia en las condenaciones que hayan hecho por lo que aparezca del proceso, sin audiencia de los que resulten condenados, oirán las reclamaciones de éstos, ya se hagan por escrito, ya verbalmente, y decidirán en el mismo acto ó en la audiencia siguiente.

Digitized by Google

El reclamante podrá producir con su solicitud la prueba que le favorezca.

Estas reclamaciones no podrán intentarse después de sesenta días de haber sido instruido de la condenación el reclamante.

ESTUDIO 59.

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—El artículo 174 es el 113 del Código de 1880, igual al 111 del de 1873. El artículo 19 de la Ley única, Título XI del Código de 1838 solo contenía la facultal de las partes de pedir aclaratorias y ampliaciones, en la audiencia siguiente, y el deber del Juez de acordarla dentro de veinticuatro horas.

El 175 es el 114 del Código de 1880 y 112 del de 1873. Es, con poca variación de palabras, lo mismo que disponía el artículo 22 de la dicha Ley única, Título XI del Código de 1838.

DERECHO ESPAÑOL.—Ley 3ª título 22, part. 3ª «Cierto é derechurero . . . . . é catada é escudriñada é sabida la verdad del fecho, deve ser dado todo juyzio, mayormente aquel que dize sentencia definitiva; porque tal juyzio como este, pues que una vez lo oviere bien ó mal judgado non lo puede toller nin mudar aquel juez que lo judgó, si no fuere el Rey ó el Adelantado mayor de su Corte . . . . . Pero si el judgador oviesse dado juyzio acabado sobre la cosa principal, e non oviesse fallado en aquel juyzio de los frutos e de la renta de ella, ó non oviesse condenado á la parte contra quien fuesse dado el juyzio en las costas, ó si por aventura oviesse judgado en razon destas cosas, mas ó menos que non deviesse, bien puede todo judgador emendar ó enderezar su juyzio en razon dellas, en la manera que entendiere que lo deve facer segun derecho. E esto ha de facer tan solamente en aquel dia que dió la sentencia, ca despues non lo podria facer; como quier que las palabras de su juyzio bien las puede mudar despues, ó poner otras mas apuestas, non camiando la fuerza nin el entendimiento del juyzio que diera.»

DERECHO ROMANO.—«Judex posteaquam semel sententia dixit judex esse desinit: amplius corrigere sententiam suam non potest; semel enim, seu bené seu malé, officio functus est.—*D. Lib. 42, Tít. 1º de re jud.*»

Dice ese texto: El Juez que pronuncia sentencia deja de serlo, y no puede por eso correjirla, porque ya ejerció su oficio, bien ó mal.

EXPLICACIONES.

Prohibición de alterar el fallo. Excepciones. Establece el artículo 174 como regla general, que la sentencia no puede ser revocada ni reformada por el mismo Juez que la dictó, exceptuando solo la interlocutoria no sujeta á apelación. ¿Cuál es ésta que forma la excepción? No es cualquiera interlocutoria de la cual no pueda apelarse, porque la ley expresamente niegue este recurso en algunos casos, como en la dictada en la articulación de recusación, ó en la mayor parte de las excepciones dilatorias; por que en verdad ésta, no es que no están sujetas á apelación, pues tienen fuerza definitiva sobre el punto, sino que la misma ley prohibe el recurso, como lo prohibe ó niega en otras definitivas, como las que son de única instancia. No es la interlocutoria, decreto, auto ó providencia, que resuelve puntos concediendo ó negando derecho, para la defensa de las partes, como la no apertura á pruebas, la inadmisibilidad de testigos, ó negativa de algun

Digitized by Google

capítulo de pruebas; por que produciendo gravamen irreparable por definitiva, es apelable, ó sea de las sujetas á apelación. No queda, pues, otra interlocutoria que forme la excepción, sino el decreto, auto ó providencia de mera sustanciación para la ordenación del juicio, que no produce gravamen, como la que manda agregar un escrito á sus autos, para después proveer; la que fija un día ó una hora para cualquier acto, en que se ve que no puede tener lugar etc.,: las cuales disposiciones por su naturaleza misma y por sus efectos, son las que no están sujetas á apelación, por no producir gravamen, y contribuir más bien á la corrección de la sustanciación. En tal sentido se ha entendido y practicado el artículo, y solo en tales casos y otros semejantes, se pide la revocatoria por contrario imperio. En toda otra interlocutoría que produzca gravamen, y es apelable, no podrían tener cabida dichas revocatorias, porque fuera de no entrar en la excepción de la ley, trastornarían las instancias, aumentándolas ó mermándolas de hecho, con esa revisión atribuida al mismo que dictó la decisión.

Término. Dá el artículo igual término al de la apelación, que son cinco días, para reclamar el decreto ó interlocutoria no sujeta á aquel recurso; y aun concede al Juez la facultad de reformar ó revocar de oficio, antes de definitiva.

Aclaratoria y ampliaciones. En el aparte del artículo se declara que bien puede el Juez librar declaratorias ó ampliaciones sobre toda especie de sentencia, dentro de dos dias después de pronunciadas, con tal que lo solicite alguna parte el mismo día de la publicación ó en el siguiente.

Puede suceder que la parte dispositiva del fallo contenga algún concepto oscuro ó ambiguo, de modo que ó no se entienda bien ó se preste á dudas ó á interpretaciones distintas; ó bien que se haya escapado al Juez resolver sobre algún punto accesorio, intereses por ejemplo, ó frutos ó productos ó retención por mejoras etc. En tales casos dá el legislador á las partes el derecho de pedir en el mismo día ó en el siguiente, la correspondiente aclaratoria ó ampliación, é impone al Juez el deber de pronunciar dentro de dos días después del fallo, librando ó negando la aclaratoria ó ampliación, según lo hallare justo. Con eso no se altera lo decidido; se aclara, si está oscuro, ó se completa, si es deficiente en algùn detalle. Nada mas racional y mas fundado; pues por una parte, no deben quedar expuestos los litigantes á nuevas discusiones, por no haber hablado la justicia con toda la claridad y precisión que la misma ley le exige; y por otra parte es necesario que la sentencia sea completa, que abarque todo lo que se ha discutido y sometido á la decisión judicial. Tales disposiciones son verdaderos corolarios de las contenidas en el artículo 173.

Condenatorias por lo que resulta del proceso. El artículo 175 viene á consagrar y explicar ó reglamentar una excepción al dicho artículo 173, que exige la congruencia del fallo con las acciones deducidas y las excepciones opuestas y aun el artículo que acabamos de explicar; pues autoriza á los Jueces para hacer condenaciones por lo que resulte del proceso, sin audiencia de los así condenados, y les manda oir las reclamaciones verbales ó escritas de éstos, y decidirlas en la misma audiencia ó en la siguiente.

Refiérese el artículo á terceros que no son parte en el juicio, y al caso en que, por lo que arrojen las mismas actas del proceso, encontrare el Juez de su deber, corregir alguna falta, ó mandar enjuiciar algún delito, que en éllas aparezca, verbi gracia: imponer corrección á un Juez que descuidó firmar un decreto ó cometió otra visible informalidad: ó á un Secretario que omitió notas etc.: ó mandar someter á juicio á algún testigo que resulte perjuro: ó á otro contra quien aparezcan sospechas fundadas de haber cometido otro delito. La rectitud de la justicia no se compadece con la tolerancia ó la indiferencia ante tal resultado; y por eso el artículo faculta al Juez para las condenaciones expresadas. Pero dá también el derecho á los penados de reclamar dentro de sesenta días después de instruidos de la condenación, ante el Tribunal mismo,

Digitized by Google

pudiendo producir con la solicitud, la prueba que les favorezca. El artículo ordena al Tribunal decidir en el mismo acto ó en la audiencia siguiente; y como no se niega la apelación, nos parece que será procedente. Por supuesto, que deberá formarse un expediente ó cuaderno separado de tal reclamación.

Derecho á apelar. El derecho que este artículo dá á los terceros no excluye, á nuestro juicio, el de apelación que el artículo 199 concede á todo aquel á quien perjudica una sentencia. El término de la apelación es solo de cinco días y con toda probabilidad, en la mayor parte de los casos, aquel á quien se condena por lo que resulte del proceso, llegará á imponerse de ello después de pasado el lapso para la apelación; pero como pudiera suceder algunas veces que la condenación llegase á su noticia dentro del lapso de aquel recurso, no encontramos inconveniente en que pueda interponerla y se le oiga, siempre que haya Tribunal Superior ante quien llevar la alzada. De suerte que si puede efectuarse dentro de los cinco días la apelación, podrá intentarla; si nó, podrá usar del derecho de reclamación de que tratamos, dentro de los sesenta días de instruido de la condenación. Ajustado á los principios, encontramos lo que dejamos expuesto.

Art. 176. En ningún caso usarán los tribunales de providencias vagas ú oscuras, como las de *venga en forma*, *ocurra á quien corresponda*, ú otras semejantes, pues siempre deberá indicarse la ley aplicable al caso, la formalidad á que se haya faltado, ó el juez á quien deba ocurrirse.

Art. 177. En el concurso de acreedores, juicio de cuentas y partición de bienes, los jueces podrán dividir, aun para distintos actos, el examen, alegatos y sentencias de los diversos puntos que se controviertan.

En los demás casos, cuando la causa comprenda varios puntos, se dividirá la sentencia en capítulos que contengan las decisiones sobre cada uno de aquéllos.

ESTUDIO 6o.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—El artículo 176 es el mismo 115 del Código de 1880 y 113 del de 1873; y es igual al 21 de la Ley única Título I del Código de 1838, que lo tomó íntegramente del 161 de la Ley orgánica de tribunales de Colombia, de 1825.

El 177 es el 116 del Código de 1880 y 114 del de 1873; tomado del 18 de y única Título XI del de 1838, casi textualmente.

ERECHO ESPAÑOL.—Las leyes de Partida insertas ya, en que se exije á ueces la claridad y precisión en sus fallos; pero no encontramos una prohi-ón especial.

ERECHO ROMANO.—« Cuam multa sunt capita non tenetur simul de om-sententiam dicere. *L. 15 Cod. de sent. et interloc.* »

Digitized by Google

Texto que dice: Cuando la causa contiene muchas cuestioues, el Juez no está obligado á pronunciar sobre todas cumulativamente.

EXPLICACIONES.

Es complemento del artículo 173. El artículo 176 viene á complementar las disposiciones del 173. No se creyó bastante exigir en éste que las sentencias contuviesen decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo á las acciones deducidas y á las excepciones opuestas, y que expresasen los fundamentos. Y, ya para que no llegase á entenderse que allí solo se refería á las definitivas é interlocutorias propiamente dichas, y nó á las demás decisiones, ya para estatuir la doctrina también respecto de las providencias aun de sustanciación quísose con este artículo evitar las evasivas y vaguedades perjudiciales á las partes, é impropias de una buena administración de justicia. El interesado debe saber, si el Juez no se cree competente, la causa de esa incompetencia y la autoridad á que se le manda ocurrir, con indicación de la ley aplicable, á juicio del Juez; debe saber cuales son las formalidades que se echan de menos en su solicitud, y en virtud de que disposición legal, para poder usar de su derecho, sin entorpecimientos ni dilaciones. En una palabra, la autoridad y el crédito de la justicia, requieren que por parte de los Jueces haya siempre claridad y sinceridad. Las providencias vagas ú oscuras pueden llegar á ser una verdadera denegación de justicia, ó por lo menos, interpretadas como subterfugios, que no deben permitírse á los Jueces, y que en asuntos de extranjeros, pueden dar pretexto á reclamaciones internacionales.

Misión del Juez en el caso. No se crea, sin embargo, que el Juez deba constituirse en director de ninguna de las partes, y darle consejo en su negocio. Nó: lo que se propone la ley es que el Tribunal, contrayéndose al caso concreto sometido por la parte, no se contente con una providencia vaga, que deje ignorante á la parte de los inconvenientes que encuentre el Juez, sobre competencia, sobre formalidades, sobre deficiencia, sobre claridad misma de la solicitud ó de la prueba ó razón producidas; á fin de que la parte, instruida del defecto ó inconveniente, procure amoldarse á las exigencies de la ley, y dar curso correcto á su negocio, como élla lo estime mas conveniente. Se le señala el tropiezo que el Juez encuentra según la disposición legal aplicable, y se la deja en completa libertad de obrar y de usar de su derecho. Ella decidirá si ha de someterse, ó si ha de apelar, ó si ha de usar de otro recurso ó camino que el derecho le franquee.

Articulo 177.—Su explicación. El artículo 177 pocas explicaciones necesita. Los concursos de acreedores, por el número de tachas que pueden oponerse á los créditos, ya en su cantidad ya en su calidad, y aun otras cuestiones que pueden suscitarse y por las pruebas sobre todas éllas; constituyen gran diversidad de materias, de puntos discutidos, y de leyes y doctrinas que requieren meditación y estudio: los juicios de cuentas, por la multiplicidad de las objeciones á las distintas partidas de cargo y data, y sus diversas probanzas por fuerza han de abarcar materias distintas, discusiones diferentes y estudios de diversa especie; y la partición de bienes, por la variedad de las pretensiones, que pueden versar sobre la calidad de las personas, sobre los derechos atribuidos, y sobre las cosas mismas, sus valores, sus lotes y adjudicaciones, son asuntos complicados de suyo. Ante esa multiplicidad de pleitos diferentes, an sa variedad de cuestiones, y esa aglomeración consiguiente de prueba, sa á la vista la inmensa labor del Juez para fallar sobre todo. No es p le exigirle que en los tres días que se dan para sentencia, haga un est io concienzudo y dicte fallo atinado. Se impone, pues, la necesidad de auto lo para que pueda dividir, aun para distintos actos, el examen aleg y sentencias de los diversos puntos controvertidos. Tócale, por tanto, al r io Juez, ir señalando día, para la relación é informes de los distintos p s, especificándolos, que vaya á sentenciar, dictando cada fallo por sep y

Digitized by Google

dentro del término legal que le corresponda. Quedará, así, todo decidido por sentencias diversas que se irán pronunciando en distintos días, con las formalidades legales.

En los demás casos, dice el artículo, cuando la causa comprenda varios puntos, se dividirá la sentencia en capítulos, que contengan las decisiones sobre cada uno de éllos. De modo que la sentencia es una, dividida en capítulos.

Bien podría haberse dejado también al Juez la misma facultad conferida en lo principal del artículo, en todo asunto en que la multiplicidad de puntos controvertidos fuese tal que pudiera equipararse á los casos de concurso, de cuentas ó de partición. Hay demandas de suyo complicadas por las diversas cuestiones que abrazan, y en que se aglomeran contrademandas, citaciones sucesivas de saneamiento; complicaciones y aglomeraciones que acumulan tambien pruebas varias, de testigos, vistas oculares, experticias, y forman expedientes voluminosísimos. La tarea del Juez es entonces verdaderamente abrumadora, y en vez de festinación y un estudio somero, necesitaría mayor tiempo, más calma y meditación y más prolijo examen. Pero á veces la ley se abstiene por el posible abuso de los Jueces.

Art. 178. En los tribunales colegiados se procederá por mayoría absoluta de votos, prolongándose la discusión hasta que se obtenga.

La sentencia será firmada por todos los miembros del tribunal, pero los que hayan disentido respecto de lo dispositivo, podrán salvar su voto, el cual se extenderá, inmediatamente, á continuación de la sentencia y será firmado por todos.

No se considerará como sentencia, ni será ejecutada, la decisión á cuyo pronunciamiento aparezca que no han concurrido todos los jueces llamados por la ley.

Art. 179. La conferencia que tengan los jueces para dictar la sentencia y la redacción de ésta se harán en privado.

Art. 180. Las sentencias definitivas se publicarán en audiencia pública, y luego se pondrá constancia en expediente, del día y la hora en que se ha hecho esta publicación.

Art. 181. De toda sentencia definitiva se dejará copia autorizada en el tribunal que la haya dictado.

ESTUDIO 61.

ANTECEDENTES

Derecho Patrio.—El artículo 178 es el 119 del Código de 1880, y 117 del de 1873, y su primer aparte viene del artículo 15, de la Ley única, Título XI del de 1838.

El 179 es el 120 del Código de 1880 y 118 del de 1873. En el artículo 9, Título IV, Ley única del de 1838, se encuentran los antecedentes de este y del artículo anterior, y vienen de los artículos 89 y 90 de la Ley orgánica de Tribunales de Colombia de 1825.

El 180 es el 121 del Código de 1880 y 119 del de 1873.

Digitized by Google

Y el 181, es el 122 del Código de 1880 y 120 del de 1873.

El artículo 8° de la Ley única Título 4° del Código de 38, establecía el modo de proceder así: «El expediente se leerá íntegramente por el Ministro Relator. Concluida la lectura se oirá el informe de las partes: después podrán los Jueces hacer á éstas las preguntas que estimen convenientes para ilustrar la cuestión, exigiéndoles ó nó el juramento para contestarlas. En seguidas, quedando solos los Jueces en el Tribunal, discutirán la materia, tomando primero en consideración los hechos y después el derecho ó las leyes del caso. Arreglada la sentencia se volverá á llamar á las partes, y en audiencia pública manifestará cada Juez su voto y las razones en que lo funda, dictando en seguidas el Relator la sentencia en los términos en que debe escribirla ó hacerla escribir el Canciller en el propio acto. El Canciller leerá después lo que se ha escrito, y las partes, estén ó nó presentes, quedarán por el mismo hecho notificadas.

El artículo 88 Ley Orgánica de Tribunales de Colombia de 1825, dice: «Concluida la relación de la causa los Jueces conferenciarán entre sí. Esta conferencia será secreta, y terminada se procederá inmediatamente á la votación que será pública».

El artículo 6° Ley única título 3° del Código de 38 mandaba dejar en el Tribunal copia de la sentencia.

Y los artículos 111 y 161 de la citada ley de Colombia decía: «.... quedando copia legalizada de la sentencia á costa del recurrente».

Derecho Español.—Ley 17, título 22, parte 3ª «Natural cosa es de venir ayna desacuerdo allí do muchos omes fueren ayuntados, e señaladamente quando han á dar su juyzio sobre alguna cosa; e por ende dezimos que si dos ó mas judgadores fuesen dados para oyr algun pleito señalado, ó para oyr todos los pleytos ó fuessen jueces de avenencia; é seyendo todos delante se acordaren en dar el juyzio de sendas guisas, que aquel que juzgassen los mas judgadores debe valer e non el que diessen los menos. Mas si los judgadores se acordassen todos en el juyzio contra el demandado é fuesse desacuerdo entre ellos en razon de la quantia, de manera que los unos condenassen en mayor quantia é los otros en menor, entonces dezimos, que si tantos fueren los de una parte como los de la otra, que deve valer el juyzio que fuere dado en la menor quantia é non el otro . . . . E sobre todo dezimos que quando á algunos jueces es mandado que judguen e libren los pleytos de consuno, que todos deven ser presentes á la sazon que han de dar el juyzio; e si acaeciere que alguno dellos non se acertasse y quando lo diessen, lo que fuere judgado por los otros non deve valer, maguer oviesse el embiado su carta ó su mandado que le plasia que diessen el juyzio sin él. Esto tuvieron por bien los sabios antiguos por esta razon; porque podria ser que si aqueste juez oviesse estado presente á la sazon; que los otros dieron el juyzio, tal palabra e tal consejo pudiera y dezir que les ficiera dar el juyzio de otra manera que non dieron . . . »

Ley 3 tit. 8º lib. 4 Nov. Recop. «Ordenamos y mandamos que si acaeciere que en las cosas que se hubieren de librar y determinar en el nuestro Consejo hubiere opiniones y diversidades de votos, de tal manera que todos no sean concordes, mandamos que se libre y determine el fecho por el voto y consejo de la mayor parte, y que lo que la mayor parte acordare, todos los de nuestro Consejo lo firmen; y aquellos se guarde y cumpla. . . . »

Ley 6ª tit. 3º Lib. 4. Nov. Recop. «Porque los del dicho nuestro Consejo mas libremente puedan hablar en él, y dar sus consejos sin aficion alguna, ordenamos . . . . ; y así mismo juren que no descubriran los votos y deliberaciones del Consejo, y lo que fuere acordado, que sea secreto, salvo con personas diputadas del dicho Consejo . . . »

Digitized by Google

La 12 tit. 2° lib. 4 Nov. Recop. « Extiende el deber del secreto á todos los Consejeros y Ministros de las Chancillerías y Audiencias y Jueces de otros cualesquier tribunales y personas que asistieren en juntas, y los pena con perdimiento de oficio . . . »

Ley 5ª tit. 22 Part. 33. « Pero antes lo devan fazer escribir (el juyzio) en los autos, e debelo leer el mismo públicamente, si supiere leer, seyendo asentado en aquel logar do solia oir los pleytos, ó en otro logar que sea convenible para ello . . . Pero si el judgador non sopiere bien leer, puede mandar á otro que lea el juyzio él estando delante. Ca abonda que diga etc . . . »

DERECHO ROMANO.—« Duo ex tribus judicibus, uno absente, judicare non possunt, quippe omnes judicare jussi sunt. Sed si adsit et contra sententiat, statur duorum setentiœ. Quid enim minus verum est, omnes judicasse»?

Este texo dice: Si de tres Jueces estuviere el uno ausente, no pueden juzgar los dos. Pero si estuviere presente y no se conformare con la sentencia de los dos, se estará á lo que estos determinasen, porque es lo cierto que todos juzgaron.

EXPLICACIONES.

Tribunales colegiados. Como se ve, el artículo 178 se refiere á los Tribunales colegiados, y precisamente en la materia á que se contrae, encontramos muchas dudas y dificultades. Estudiemos pues, el asunto con la detención que requiere, comenzando por examinar cuales son nuestros Tribunales colegiados y el número de sus miembros.

En los Tribunales de la Unión tenemos la Corte Federal y como Suprema de los Estados la Corte de Casación, compuesta cada una de nueve miembros; y Jueces inferiores de hacienda, unipersonales.

En la administración de justicia seccional tenemos para lo civil ordinario y mercantil, Tribunales de 1ª instancia unipersonales, de los cuales los civiles pueden hacerse colegiados por la agregación de dos asociados, según algunas leyes orgánicas, para el efecto de sentenciar; y los mercantiles, para el mismo efecto y algun otro acto, se hacen colegiados por la asistencia de conjueces mercantiles. En la segunda y tercera instancia, salvo excepciones, Cortes Superior y Suprema, compuestas de tres miembros, á los que se agregan en lo mercantil dos conjueces mercantiles.

Tal es, en general nuestra organización judicial.

Mayoría de votos. El artículo á que nos referimos comienza diciendo que en los Tribunales colegiados se procede por mayoría absoluta de votos, como está preceptuado en el artículo 5º del Título preliminar; repetición de que hablaremos más adelante. Quiere decir, pues, que para que haya decisión en un Tribunal de tres miembros ha de haber dos votos conformes; para que la haya en uno compuesto de cinco se requieren tres, y en uno de nueve ha de haber cinco; y en general, sea cual fuere el número de votantes, ha de reunirse la mitad mas uno, que es la mayoría. En eso no hay dificultad.

Cuestiones. ¿Pero cómo se forman y recogen esos votos, como se plan- 1 las cuestiones sobre que han de emitir, y cuando se dice que existe esa yoría absoluta? Como es regla de todo cuerpo colegiado, toca al Presi- te dirigir el debate; y en consecuencia, fijar las cuestiones que han de rse. Mas, habiendo ordinariamente en todo asunto, puntos de hecho y tos de derecho ¿han de someterse por una cuestión complexa, sin sepa- ón de unos y otros, y sin separación de los diferentes medios ó fundamen- alegados por las partes; ó bien con entera separación unos de otros? be el Tribunal conformarse con el planteamiento que haga el Presidente, ne la mayoría el derecho de modificarlo? He ahí puntos sobre los cua-

Digitized by Google

les nada encontramos en el Código de Procedimiento Civil ni en las leyes orgánicas, no obstante ser tan esenciales y estar previstos en otras legislaciones. El artículo 956 del Código de Comercio dice que los Tribunales mercantiles deben fijar las cuestiones de hecho y las de derecho sometidas á su decisión, y votar sobre cada una de ellas separadamente: que hagan constar en la sentencia con la misma distinción, la resolución sobre cada una de esas cuestiones: que fallen por mayoría absoluta y según su leal saber y entender en la apreciación de los hechos; y que en los casos de discordia deben prolongar la discusión sin interrupción, hasta que haya mayoría. Esos preceptos del legislador resuelven, pues, toda duda en materia mercantil.

Veamos como han de resolverse en la materia civil ordinaria, ya que el Código que estudiamos guarda silencio en el particular. Para ilustración del asunto vamos á traer aquí las opiniones de autores respetablos que lo tratan, á nuestro entender, con precisión y claridad.

Opinión de Rodière. Oigamos primero á *Rodière*, en su obra *Curso de competencia y de procedimiento en materia civil, tomo* 1º *página 249 y siguientes.*

« La ley no ha reglado de una manera general el punto de saber como deben ser puestas las diferentes cuestiones que se agitan en el curso de un proceso. En el título de las *excepciones*, élla indica bien en que rango deben ser éstas propuestas; pero en ninguna parte dice en que orden se deben proponer las cuestiones de fondo. »

« Este punto es, sin embargo, de considerable interés, porque del planteamiento de las cuestiones depende frecuentemente la decisión final del proceso; y es imposible admitir que un punto tan importante sea entregado completamente al arbitrio de los jueces ».

« He aquí las reglas que creemos mas seguras sobre esas delicadas materias, en que la ciencia nos parece estar aun en estado embrionario acerca de algunos puntos ».

« Desde luego es preciso, como parece natural, fijar tantas cuestiones como puntos diferentes de demanda. Si un demandante ha reclamado á la vez dos créditos, y el demandado los ha contradicho ambos por medios ó motivos diferentes, es necesaria evidentemente una cuestión aparte para cada uno. Si en cuanto á una misma acreeencia ha contradicho desde luego el capital, y después por razones particulares, los intereses, es necesario de toda necesidad, plantear dos cnestiones, una para el capital, la otra para los intereses; y aun acaso una tercera, si hubiere habido debate particular á propósito de intereses de intereses ».

« Este primer punto no puede dar lugar á dificultades serias ».

« En principio, es para nosotros evidente que los medios de ataque ó de defensa deban agruparse y no dar lugar sino á una cuestión complexa Si fuese de otro modo, si cada cuestión debiera dar lugar á una cuestión separada, sucedería á cada instante que los Jueces darían decisiones que torturasen su conciencia ».

« En lo que concierne á los medios de fondo, la regla, según la cual deben ellos de ser sometidos á los jueces, en su conjunto, nos parece imperiosa; y si los medios de una parte son, para emplear una expresión familiar (sabrés) chapuceados uno por uno cuando hubieran podido ser juzgados todos á la vez, creemos que esa parte puede encontrar en ello un agravio suficiente para apelar, aunque no fuera motivo de casación, por no aparecer violada una ley formal ».

« El planteamiento de la cuestión, es de resto, una cosa tan importante, y puede ejercer tanta influencia sobre la decisión final, que es imposible reco-

Digitized by Google

nocer al Presidente el derecho de plantearlas él solo á su antajo. Necesario es que sea él quien proponga un orden de deliberacion, pero toca al tribunal pleno juzgar si ese orden es el mejor; y la mayoría de sus miembros puede, por consiguiente, sustituir otro al propuesto por el Presidente. »

Opinión de Krug-Basse. Oigamos afiora á *Krug-Basse*, en su obra *Oficio del Juez en materia civil*—pag. 245.

« Cuando los jueces deliberan sobre la solución que ha de darse á las diferentes cuestiones de la litis, el orden lógico de las ideas quiere que éllos voten primero sobre las excepciones que las partes han opuesto ó que el Juez deba poner de oficio. Si el demandado pide la nulidad de la citación ó niega la competencia del Tribunal, dice *Boncenne*, estas cuestiones deben necesariamente ser propuestas al principio de la deliberación: son puntos especiales que es preciso examinar y reglar, porque los jneces no pueden abordar el fondo del proceso sino después de haber reconocido que éllos están legítimamente llamados, ó tienen el derecho de conocer. »

« Después es necesario llegar al fondo del negocio, es decir, examinar la demanda en sí misma y la defensa que se ha opuesto. »

« Mas aquí, es preciso preguntar si los magistrados pueden no poner á votación sino una sola cuestión complexa sobre el obgeto de cada demanda, ó si éllos deben, por el contrario, descomponer la demanda y poner de una manera distinta y separada la cuestión de hecho y la cuestión de derecho. »

« La ley de 24 de agosto de 1790, artículo 15 Título 5, parece exigir que el Juez plantee de una manera distinta esas dos cuestiones. Dicho artículo dice: « La redacción de las sentencias, tanto en primera instancia como en apelación, contendrá cuatro partes distintas: en la primera se enunciarán los « nombres, y las cualidades de las partes; en la segunda las cuestiones de hecho y de derecho que constituyen el proceso serán presentados con precisión . . . . . », lo que supone, en consecuencia, que los jueces estaban obligados á votar separadamente sobre esas cuestiones. »

« El Código de Procedimiento Civil no contiene ninguna agregación formal á este respecto: sin embargo resulta del conjunto de sus disposiciones que los jueces deben aun hoy votar separadamente sobre las cuestiones de hecho y sobre las de derecho. »

« En efecto, por los términos del artículo 141 la sentencia debe contener la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho. y según el 142 las cualidades que sirven para la redacción definitiva del fallo, deben contener, además de las conclusiones de las partes, la exposición de los puntos de hecho y de los puntos de derecho ».

« Estas disposiciones indican bastantemente la importancia que el legislador dá á la distinción del punto de hecho, del de derecho ».

« El Código de procedimiento de *Ginebra* ha sido mas explícito en el particular: él ha impuesto á los jueces la obligación rigorosa de votar separadamente sobre las dos cuestiones ».

« *Mr. Bellot*, el sabio informador de este Código, había señalado en su e sición de motivos, los peligros que pueden resultar de la confusión de e s cuestiones. He aquí un ejemplo que cita:

e demanda, dice, la nulidad de un testamento:

res medios son propuestos en apoyo: falta de firma del testador: c lad de extranjero de uno de los testigos: incapacidad del testador, f en que ha sido puesto bajo concejo judicial.

les son las cuestiones elementales, en que se resuelve este proceso?

Digitized by Google

« Las dos cuestiones de hecho son: ¿el testador ha podido firmar? tal testigo es extranjero?

« Y la cuestión de derecho: ¿un individuo á quien se ha nombrado un consejo judicial es incapaz para textar?

« Supongamos la causa ante un tribunal de tres jueces; supongamos también que el primer Juez admite la afirmativa sobre la primera cuestión, el segundo Juez sobre la segunda, y el tercero sobre la última, sosteniendo todos tres la negativa sobre las otras dos respectivas cuestiones. »

« Poned la cuestión complexa. ¿el testamento es nulo? Sometedla á votación y contad los sufragios. El tribunal por unanimidad ha pronunciado la nulidad. Pero este resultado es engañador. Cada Juez ha resuelto una cuestión diferente: cada medio no tiene sino un solo sufragio. Lejos de estar de acuerdo, el tribunal está dividido en opiniones las más divergentes; lejos de estar unánimes, solo ha triunfado la minoría. ¿Queréis la prueba? Poned las cuestiones á que arriba hemos reducido el proceso, y haced votar separadamente sobre cada una de ellas ¿que obtenéis? Cada cuestión es votada negativamente por dos votos contra uno; los medios de nulidad están rechazados; y el testamento es declardo válido. »

« Verdad es que *Mr. Boncenne* ha combatido el razonamiento de *Mr. Bellot*, pretendiendo que este jurisconsulto ha confundido los medios de la acción, con los puntos de conclusión de las partes. La nulidad del testamento es, en el caso, la conclusión del demandante; y apoya esa demanda en diferentes proposiciones, que son los medios. Mas, poco importa, según *Mr. Boncenne*, saber porqué medios se ha pronunciado cada Juez para decidir sobre la nulidad del testamento. « Si los tres jueces, dice él, llamados á resolver sobre los me-
« dios de nulidad ó la nulidad, están cada cual, por su parte, convencidos de
« que el testamento debe ser anulado, sería una extraña justicia la que hicie-
« se salir de esa unanimidad, una sentencia declarando que el testamento es
« bueno. Cada medio de nulidad ha sido rechazado, se dice, por una mayo-
« ría de dos votos contra uno. Ninguna otra cosa ha sido rechazada sino el
« testamento. Opinar por los medios no es juzgar; es discutir los motivos.
« Divididos repecto de los medios y de los motivos, todos los votos se han reunido,
« uniformándose en la misma opinión final. »

« Pero las observaciones del célebre profesor no nos parece destruir la exactitud de las de *Mr. Bellot*. En efecto, los jueces no solo tienen que atender al objeto final de su fallo, sino que es necesario también que una mayoría se forme entre éllos sobre los fundamentos que en él deben exponer. Así, en el ejemplo, la dificultad no quedaría sino aplazada, si los jueces hubieran votado primero sobre la cuestión complexa, porque una vez que se tratase de motivar el fallo (y se sabe que los motivos deben versar sobre los diversos medios cuando ellos son sacados de diferentes órdenes de ideas) los jueces se apercibirían entonces de que en definitiva había tantas opiniones distintas como magistrados. Es precisamente á evitar esa anomalía que tiende al voto inmediato sobre las cuestiones separadas de hecho y de derecho. »

« Agreguemos que si el tribunal, después de haber votado simplemente sobre la cuestión complexa, ha confiado la redacción de los fundamentos de la sentencia á uno de los magistrados, sin haber discutido previamente esos motivos, la sentencia vendría á consagrar una opinión que no es la de la mayoría. »

« Verdad es que éllos deben entenderse sobre los motivos antes de pronunciar el fallo; pero por consecuencia de un abuso demasiado frecuente, esta regla no es siempre seguida. »

« Es, pues, necesario que los jueces planteen y voten separadamente las

Digitized by Google

cuestiones de hecho y de derecho, pues que la falta de separación en esas cuestiones, puede conducir involuntariamente á un resultado contrario al querer de la mayoría. « Estamos lejos de pensar, dice *Tullier* (vol. 10 nº 1) que semejante escándalo haya sucedido con frecuencia, pero está demostrado que es posible, y la sola posibilidad basta para permanecer religiosamente adheridos á las reglas establecidas para prevenirlo, y atenerse á la saludable necesidad de plantear con precisión las cuestiones de hecho y de derecho, y votar separada y sucesivamente sobre las unas y las otras. »

« Por lo demas, como hemos tenido ocasión de decirlo, se presentan frecuentemente negocios en los cuales la separación del punto de hecho y del punto de derecho no es realizable: entonces será necesario para los jueces poner una cuestión complexa. »

Código italiano y alemán. En lo que dejamos copiado está expuesta y aclarada con ejemplo la cuestión que examinamos; por lo cual no creemos deber aglomerar mas citas. Agreguemos sí, que ni el Código italiano, ni el alemán, modernos, establecen reglas sobre el modo de plantear las cuestiones y votarlas los Jueces. Pero el primero de aquéllos dice en su artículo 349. « Cuando la relación deba hacerse por las partes, el hecho de la causa debe ser expuesto por el defensor del actor, y los defensores de la otra parte pueden modificarlo. Si la autoridad judicial no cree suficientemente establecido el hecho, el Presidente nombra un Relator, y difiere la causa para otra audiencia. Y en el artículo 360 dice: « que la sentencia debe contener . . . . . : 6º—los motivos de hecho y derecho ». El segundo, el alemán, en el artículo 384 trae: « La sentencia debe contener . . . . : 3ª—Una exposición sumaria del punto de hecho y del proceso, tal como resulta del debate oral de las partes, donde deban destacarse las concluciones que éllas han establecido. »

Ley española. La Ley de enjuiciamiento española en el número 5º del artículo 336 dá á los magistrados ponentes la atribución de: « someter de palabra á la deliberación de la sala, los puntos de hecho, los fundamentos de derecho y la decisión que á su juicio deba recaer . . . » El 334 dice: « el Ponente someterá á la deliberación de la Sala, los puntos de hecho, las cuestiones ó fundamentos de derecho, y la decisión que deba comprender la sentencia; y previa la discusión necesaria, se votará sucesivamente.» Y mas lueho en el artículo 372 establece como deben formularse las sentencias que, según tenemos dicho, han de exponer en *resultandos* separados, las pretensiones y puntos de hecho, y en *considerandos* las apreciaciones de los puntos de derecho.

Doctrina aplicable entre nosotros. Con los elementos que dejamos acumulados, cuál es el juicio jurídico que ha de formarse sobre los puntos analizados? ¿Qué consecuencias deben deducirse de esas premisas, como doctrina de la ciencia aplicable entre nosotros? En materia mercantil nuestra ley habla expresamente, y forzoso es obedecerla: las cuestiones de hecho y de derecho se plantean y resuelven con separación. En la materia civil ordinaria, nada dice el Código que estudiamos, dejando eso abandonado á la ciencia y á la práctica de los Tribunales. ¿Qué reglas debemos, pues, seguir? Nos parece que, en buena lógica, podemos establecer, á manera de conclusiones, las siguientes reglas.

1ª Aunque al Presidente, como director del debate, toque proponer el orden de la discusión y las cuestiones que deban resolverse, el Tribunal, por mayoría, puede fijar otro orden y aun alterar y modificar las cuestiones.

2ª Las excepciones de inadmisibilidad y toda otra de carácter previo, i usas las de incompetencia del Tribunal, deben considerarse y votarse primeı ·ue las cuestiones de fondo.

3ª Para evitar dudas y facilitar la redacción del fallo conviene discutir c ·eparación las cuestiones de hecho y las de derecho, así como cada punt de demanda con sus fundamentos, y cada punto de defensa opuesto. Cuanc ·o sea necesario ó parezca imposible tal separación, deberá por fuerza proı ·se y votarse la cuestión complexa.

Digitized by Google

4ª Como nuestras leyes no contienen disposiciones expresas, en lo meramente civil, sobre dicha separación para el planteamiento y votación, el hecho de que los Jueces no lo hayan verificado así, sino resuelto la cuestión complexa, ni amerita responsabilidad para éllos, ni vicia la sentencia, con tal que ésta llene las condiciones exigidas en el artículo 173.

Prolongación de la discusión. Volvamos ahora al artículo que estudiamos. Después de establecer la decisión por mayoría, agrega, *prolongándose la discusión hasta que élla se obtenga.* Y aquí nos tropezábamos antes con una dificultad seria ¿si apesar de prolongar la discusión hasta el último día del lapso señalado para dictar el fallo, no se había logrado la mayoría, que debía hacerse? ¿Declararse en sesión permanente, prolongarla hasta la última hora de ese día, ó sea hasta las doce de la noche, buscando en el cansancio, en el hambre y en el sueño el uniformar las opiniones? Bárbaro debía parecer ese extraño modo de convencimiento, y extraña é inaceptable esa manera de administrar justicia. Y si aun así no se lograba mayoría ¿que hacer? Entre declarar la imposibilidad de librar el fallo, y dejar el expediente sin definitiva resolución, lo cual era manifiestamente contrario á la misión de la justicia y al espíritu de la ley, ó resolverse á seguir la práctica que venía de antiguo de llamar más Jueces, optaron los Tribunales por este último medio, no encontrando ninguna disposición en nuestro Código que resolviese el caso. Vinieron después las leyes orgánicas de la Alta Corte y de la de Casación, á dar vida legal á esa práctica; y así los Trlbunales ordinarios tuvieron mejor apoyo para seguir la costumbre de llamar mas Jueces. Mas en la última reforma de nuestro Código, en el artículo 5º del Título preliminar como lo vimos, quedó definitivamente consagrado el precepto que ordena llamar un Juez mas, y caso necesario, seguir llamando otro, y otro hasta obtener la mayoría. Y á propósito de ese artículo 5º comparado con el 178, en que ahora nos ocupamos, observó alguien, estar demás en uno de los dos, la disposición relativa á proceder por mayoría de votos en los Tribunales colegiados. Pero al leer las dos disposiciones se notará que la objeción es infundada, pues ambos se complementan. Todas dos debían partir de la premisa de procederse por mayoría en tales Tribunales, la una para establecer que no lograda aquélla se llamase un Juez más, la otra para disponer que se prolongue la discusión hasta obtenerla. Asi, llegado el caso, conforme al artículo 5º se llama un Juez, para qué? para seguir la discusión, ya incorporado el nuevo Juez, conforme al artículo 178; y si se repetía el caso de falta de mayoría, repetir también la aplicación oportuna de los dos artículos.

Sistemas francés, italiano y español para desempate. Encontramos mas justo y más práctico ese sistema de nuestro Código, que los adoptados en Francia, en Italia y en España. En la primera el procedimiento para el desempate obliga al de la opinión mas débil, cuando hay tres ó más, á desistir de élla y agregarse á alguna de las otras hasta formar mayoría ó verdadero empate: en la segunda, el mismo Tribunal, por mayoría, elimina las opiniones mas débiles hasta llegar á ese resultado; en cuya situación entra el departidor llamado al efecto; y en España se ordena nueva discusión y votación sobre los puntos en que hay la disidencia, llamando más Jueces para discutir sólo esos puntos de divergencia, si todos insistieron en sus opiniones, y votar entonces definitivamente.

Libertad en la votación. Bien es advertir, que entre nosotros los nuevos llamados no están ceñidos á escoger entre las opiniones emitidas. El asunto se considera íntegro en la nueva discusión, y cada cual vuelve á opinar como lo tiene á bien, sin estar ligado por sus opiniones anteriores. Asi lo enseñan *Carré* y *Chauveau* y otros, como la doctrina de la ciencia; pues mientras no ha sido dictado el fallo, cada Juez debe tener plena libertad de opinar conforme á su convencimiento y á los dictados de su conciencia, rectificando sus juicios y enmendando los errores en que ha podido venir incurriendo: *Sapientis est mutare concilium.*

Digitized by Google

Salva de voto. Para que en el proceso conste la verdad de la votación, y cada cual cargue con la responsabilidad de sus actos, la ley permite á los Jueces que discienten del juicio de la mayoría, salvar su voto, extendiendo éste al pié de la sentencia, suscrito por todos los Jueces, como el fallo mismo. Pero la disposición legal limita esa facultad *á lo dispositivo*, de suerte que no permite hacerlo por disentimiento en los motivos ó fundamentos. En verdad que si todos están acordes en la resolución misma, no se concibe que les sea imposible entenderse en una redacción que concilíe las ideas que sirve de fundamento á cada cual. Eso podría inducir á sospechas de inflexible terquedad ó de presunción de infalibilidad; y rarísimo sería el caso en que pudiera justificarse. Y como la ley no puede abrir la puerta al abuso que podría cometerse, si cada magistrado se encaprichase en que la sentencia contuviese el motivo que á él le induce, tiene que limitar la facultad de salvar el voto, á lo dispositivo, que es lo más esencial. Si así no fuere, las sentencias podrían llegar á ser folletos, recargados de inoportuna erudición.

Sentencia que no lo es. Finalmente, dice el artículo, que no se considerará como sentencia, ni será ejecutada, la decisión á cuyo pronunciamiento aparezca que no han concurrido todos los Jueces llamados por la ley. Si en el proceso aparece, pues, que no todos los Jueces del Tribuual concurrieron al pronunciamiento, no hay sentencia, porque no ha decidido el Tribunal sino una fracción de él. Y, en general, para considerarlo así, bastará que falte en la sentencia la firma de uno de los Jueces, salvo el rarísimo caso de que haya constancia en el expediente de que ese Juez concurrió á la vista, á los debates, á la votación, á la redacción y á la publicación, y que por un impedimento repentino no pudo estampar su firma.

¿Y que dirémos si con razones serias sostiene una parte que todos ó algunos de los miembros del Tribunal ó algun conjuez, no han sido elegidos legalmente ó han sido llamados contra el tenor de la ley? ¿Podría esa parte pedir, si por cualquiera causa ha sido variado el personal del Tribunal, que considerando como no dado el fallo, se proceda de nuevo á vista y sentencia, ó bien oponerse á la ejecución ante el Tribunal ejecutor, alegando dichas razones? No suponemos el caso de que manifiestamente se hubiese cometido el atentado ó la burla, de instalarse un número de intrusos como Tribunal, y, poniendo las constancias acostumbradas, hubiesen extendido una sentencia suscrita por todos. Tal suposición es inadmisible, porque ni tendría objeto, ni pudiera llegarse á tanto. Pero en un país donde no ha sido raro el cambio de gobiernos por medio de la fuerza, pudiera suceder que en momentos de esas turbaciones, hubiese cambios de Tribunales, y motivos serios para dudar de la legitimidad de sus nuevos miembros; ó bien que por intereses extraños á la judicatura en la provisión de los empleos públicos aun en tiempos normales, se cometiesen verdaderos quebrantamientos de la ley en la elección ó en el llamamiento de Jueces. ¿Que se resolvería entonces, en la reclamación que hemos supuesto?

Si el alegato de la parte versa sobre no ser verdadero Juez alguno de los sentenciadores por no haber sido elegido por la autoridad á quien toca hacerlo, todo se reduce á verificar el heecho: si está en posesión en virtud de nombramiento de la respectiva autoridad, la validez es inatacable.

Si versa sobre vicio en la elección por falta de cualidades legales en el elegido, tampoco puede ponerse en duda la validez del fallo, siguiendo la doctrina de la ley 3ª tit. 13. L. 1º D que comienza así: *Barbarius Philipus cum servus fugitivus esset*», en la cual Pomponio resolvió que las sentencias y actos de aquel esclavo, elegido pretor, ignorándose su condición servil, eran válidos, en consideración al interés público.

Pero si el alegato versa sobre llamamiento ilegal á ocupar el puesto, uno á quien, aunque con nombramiento formal, no le toca entrar, entonces la parte que debe estar siempre en el juicio, debe reclamar el llamamiento, apelar y [illegible] de todos sus recursos en oportunidad, incluso el de casación.

Digitized by Google

Consecuencias. En consecuencia, solo cuando aparezca evidente del proceso mismo y de la constancia fehaciente del archivo, por el diario de los trabajos y las participaciones oficiales de las autoridades competentes, que los que sentenciaron ó alguno de éllos, verdaderamente no eran tales Jueces, ó que no concurrió al fallo todo el número de Jueces llamados por la ley, podría resolverse que la sentencia no se considerase como tal ni se mandase ejecutar. Mas ¿quien podría resolver esto? Por supuesto que la Corte de Casación por recurso legal llevada ante esta, contra la sentencia que ha causado ejecutoria: el Tribunal de alzada respecto de la sentencia ó sentencias inferiores, en el recurso llevado legalmente ante él; y creen algunos que aun el mismo Tribunal ejecutor, respecto de la sentencia que se trata de ejecutar si *aparece*, sin discusión posible, estar en el caso de la disposición estudiada—no haber concurrido al fallo el número de Jueces llamado por la ley—y con mas razón, no ser tales Jueces los que autorizaron el fallo; atendidos los términos imperativos y absolutos del texto de la disposición. *No se considerará como sentencia, ni será ejecutada etc.* Pero nosotros creemos mejor fundada la negativa, desde que este mismo Código que estudiamos, en su artículo 695, caso 6°. declara causa de invalidación la: « *Decisión de la causa en última instancia por Juez que no tenía nombramiento de tal, ó por Juez que sabía estar depuesto ó suspenso por decreto legal, ó por Juez que no asistió á la relación ó informes, salvo en este último caso, cuando el Juez ha entrado por llamamiento á mas Jueces* »: desde que el articulo 696 ordena promover el juicio de invalidación ante el tribunal que dictó la sentencia en última instancia dentro de tres meses, según el 708; y que el 703 exige: « cuando se alegare alguna de las causales del número 6º, presentar la prueba auténtica de la causal, y la *copia conducente de las actas del proceso relacionadas con el hecho alegado* » A la parte interesada queda, conforme al artículo 707, el medio de evitar la ejecución de la sentencia viciosa, de dar caución suficiente para responder del monto de la ejecución y del perjuicio por el retardo, caso de no invalidarse el juicio. Tales observaciones nos convencen de que el legislador no halló conveniente ni aceptable, autorizar á un inferior para poner la mano en un fallo de un superior gerárquico, que aparece en los autos.

Secreto en la conferencia y redacción. El artículo 179 complementa el anterior. El dispone que las conferencias y la redacción del fallo se hagan en privado, con lo cual está dicho que debe guardarse la reserva necesaria, ó sea el secreto indispensable para que no se haga público lo que allí pasa. Siempre ha considerado la legislación como indigno de un Juez recto y circunspecto el no guardar ese secreto; porque con ello daña su propia independencia y la de sus compañeros, dá lugar á influencias extrañas y aun á odiosidades indebidas. Al entrar á desempeñar su encargo juran los Jueces llenar leal y fielmente los deberes que él les impone, entre los cuales está el de guardar ese secreto, que es concordante con el de no manifestar opinión y dar causa á ser recusado. Su propio decoro y su propio interés se lo imponen.

Publicación de la sentencia. El artículo 180 ordena la publicación de la sentencia definitiva en audiencia pública; de suerte que no es necesaria respecto de las demas sentencias. Comprendemos nosotros, como lo tenemos dicho, que ha de considerarse como definitiva toda sentencia que pone fin al juicio, ó hace imposible su continuación, y comprendidas por consiguiente, en la formalidad de la publicación, todas las que estén en ese caso. Los Jueces acostumbran, y así es mas seguro, hacer la publicación de las sentencias sobre excepciones dilatorias ó cualquiera otra incidencia en que haya habido discusión probatoria, ó á lo menos relación é informes. Así se evita todo debate, sobre el calificativo propio de la decisión; y se excluyen de las formalidades todas las demás providencias, autos ó decretos, sean ó nó de pura sustanciación.

La publicación consiste en la lectura en alta voz, en audiencia pública, del fallo mismo, para que puedan oirlo cuantos quieran, sean ó no partes.

Constancia que ha de ponerse. Y con el fin de que en todo tiempo exista la

Digitized by Google

constancia de haberse cumplido dicha formalidad, ordena el artículo que se estampe en el expediente, expresando el día y la hora en que ha sido hecha la publicación.

Es un requisito indispensable este de que tratamos; aunque si deja de cumplirse, no se invalidará el fallo. sino que será preciso subsanar la falta, haciendo la publicación y poniendo la debida constancia de ello. Pero claro es que mientras no se hagan ambas cosas, no empieza el fallo á producir sus efectos, y por tanto no corre el término para apelar ó usar cualquier otro recurso; y que si por no haberse subsanado la falta en tiempo en que se deba suponer legalmente á las partes presentes en el juicio, se haya producido una demora indefinida, será ademas indispensable la citación de aquéllas para que, instruidas de lo ocurrido, pueda el fallo empezar á producir sus efectos.

Antiguamente debía toda sentencia ser notificada á las partes; mas, nuestra legislación, con fundamentos, juzgó ser bastante la publicación, y suprimió la notificación como ocasionada á mayores gastos y á dilaciones innecesarias. En otros países se exige aun la notificación, y en Italia, ambas cosas, publicación y notificación.

Copia para el archivo. En fin, el artículo 181 manda dejar copia autorizada de toda sentencia definitiva, en el Tribunal que la dicta. Y aquí nos referimos á lo que hemos dicho en las explicaciones del artículo anterior respecto de sentencia definitiva; de suerte que la copia sea de la sentencia sujeta al requisito de la publicación. En virtud de este mandato, quedará siempre en cada Tribunal copia autorizada de la sentencia de la especie dicha, que allí se dicte; y podrá ocurrirse á los diversos archivos para proveerse de copias auténticas de todos los fallos librados en una causa, en cualquier tiempo en que se necesite para hacer comparaciones, para suplir extravíos de piezas de autos, y para cualesquiera otros fines.

Art. 182. En la sentencia se condenará en costas al litigante que aparezca haber seguido el pleito con temeridad. También lo será en las del recurso, el que haya apelado de una sentencia que se confirme en todas sus partes.

Art. 183. La parte condenada en costas nunca será oligada á pagar por honorarios de los apoderados, abogados y procuradores de la contraria, lo que exceda de la mitad del valor de la demanda.

Art. 184. En la sentencia en que se condene á pagar frutos, intereses ó daños, se determinará la cantidad, y si el juez no puede estimarla según las pruebas, dispondrá que esta estimación la hagan peritos, con arreglo á lo establecido para el justiprecio de bienes en el Título sobre ejecuciones, del Código Ci-
. Lo mismo se hará cuando la sentencia ordene restitución frutos ó indemnización de cualquiera especie, si no puede hacer juez la estimación ó liquidación, con arreglo á que lo hayan justifi-lo las partes en el pleito.

En todo caso de condenatoria, según este artículo, se determará en la sentencia de modo preciso, en qué consisten los

Digitized by Google

perjuicios probados que deban estimarse y los diversos puntos que deban servir de base á los expertos.

En estos casos la experticia se tendrá como complemento del fallo ejecutoriado; pero si alguna de las partes reclamare contra la decisión de los expertos, alegando, ó que está ella fuera de los límites del fallo ó que es inaceptable la estimación por excesiva ó por mínima, el tribunal oirá á los asociados que concurrieron á dictar la sentencia en primera instancia, si tal fué el caso, ó en su defecto á dos nuevos peritos de su elección, para decidir sobre la reclamación, con facultad de fijar definitivamente la estimación. De esta determinación se admitirá apelación libremente.

ESTUDIO 62.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Los tres artículos insertos son los 123, 124 y 125 del Código de 1880, que son iguales á los 121, 122 y 123 del de 1873; pero los dos apartes del 184 actual, son nuevos, agregados en la reforma de 1896. Del artículo 3°. Ley única, Título III del Código de 1838 es tomado el último de aquellos artículos.

Derecho Español.—*Ley 8 tit. 22 Part. 3ª*—« Los que maliciosamente sabiendo que non han derecho en la cosa que demandan, mueven á sus contendores pleyto sobre ella, trayéndolos en juyzio e faciendoles fazer grandes costas é misiones, es guisado que non sean sin pena, por que los otros se recelen de lo fazer, E por ende dezimos, que los que en esta manera fazen demandas, ó se defienden contra otro non aviendo derecha razon porque lo deven fazer, que non tan solamente deve el judgador dar por vencido en su pleyto en el juyzio de la demanda al que lo fiziere, mas aun lo debe condeuar en las costas que fizo la otra parte por razon del pleyto. Empero, si el Juez entendiere que el vencido se moviera por alguna derecha razon para demandar ó defender su pleyto, non ha porque mandar que pechen las costas. E esto sería cuando alguno que fincasse por heredero de otro demandasse ó defendiesse en juyzio, por razon de aquellos bienes que heredó; ó si algun otro fiziesse demanda, ó se amparasse en razon de alguna cosa que le fuesse dada, ó que él oviesse comprado ó cambiado á buena fé, creyendo que aquel que gela diera avia poderio de la enagenar, ó si en otro pleyto cualquier y fuesse ya fecha la jura de la Manquadra, á que dicen en latín *juramentum de calumniâ*: en cualquiera destas cosas non debe el Juez condenar al vencido en las costas que fizo el vencedor; porque todos deven asmar que tales pleytos como estos, aquellos que los demandan ó que los amparan, que lo fazen á buena fé, cuydando que han derecho de lo fazer: e mayormente quando la jura sobredicha es fecha en el comenzamiento del pleyto. Ca entonce non deve sospechar que aquel que jura olvide la salud de su alma.»

Ley 27 tit. 23 Part. 3ª «El Mayoral que ha de judgar el alzada la primera cosa que ha de fazer es esta: que . . . . . ha de abrir la carta en que es escrita la alzada . . . . . E si fallare que el juyzio fue dado derechamente develo confirmar, é condenar á la parte que se alzó en las costas que su contendor fizo, segun es costumbre en nuestra Corte . . . . E si entendiere que se alzó con derecho, mejore el juyzio é jusgue el principal, e non lo envie á aquel Alcalde que judgó mal, Pero en tal razon como esta, quando el primero juyzio se revoca, non debe pechar costas ninguna de las partes . . . . . .»

Digitized by Google

Ley 3ª tit. 19 lib. 11 Nov. Recop. « Mandamos que en los pleytos de quarenta mil maravedis y dende abaxo, que vinieren de los jueces inferiores á las Audiencias por apelación, confirmándose la sentencia, sea con condenación de costas; y mandamos asi mesmo que las justicias y jueces de nuestros reynos hagan en apelación condenación de costas; salvo si las sentencias se dieren con aditamento y moderación, ó la parte condenada hubiere tenido sentencia en su favor, conforme á lo contenido en la ley anterior. »

DERECHO ROMANO.—« Judex victum in expensas debet condenare. Nan eum quem temere adversarim summ in judicium vocasse constitit, viatica litisque sumptus adversario sus reddere oportebit. *L. 79 Ulp. lib. 5 de off. procon.* »

Dice este texto: El Juez debe condenar en las costas al que pierde su proceso; porque el que temerariamente trae á su adversario ante la justicia, debe legalmente reembolzarle los gastos de su viaje y los del proceso.

Ahora, especialmente sobre honorarios diremos:

DERECHO PATRIO.—Ley de 30 de junio de 1894:

« Artículo 21. Cuando no hubiere estipulación previa de honorarios, la parte defendida ó representada podrá pedir rebaja de los que cobre el abogado ó procurador; pero la parte condenada en costas podrá en todo caso pedir retasa de los honorarios del abogado ó procurador de la parte contraria. »

« Art. 22. La retasa la hará el tribunal que conoció en primera instancia de la causa, ó el que esté conociendo de élla cuando se exija el pago de honorarios, asociado á dos abogados, y en su defecto á dos procuradores y á falta de éstos á dos inteligentes nombrados uno por el Abogado ó Procurador y otro por la parte que pide la retasa. La decisión será irrevocable. »

« § único. No se admitirá la solicitud de retasa si la parte interesada no la hiciese dentro de los diez días siguiente á la intimación de pago de las costas, en conformidad con la tasación practicada. »

Ley de 30 de abril de 1849:

« Art. 6º Los abogados pueden estipular lo quedeba abonárseles por indemnización de perjuicios cuando salgan de su residencia, á otro lugar . . . . »

El Articulo 7º prohibe la cuota litis, y permite estipular lo que crean justo, designándolo en los escritos etc.

El Art. 8º Derecho á pedir retasa dentro de ocho días . . . .

Los artículos 16 y 17 sobre Patrocinantes y su remuneración.

Ley orgánica de Colombia de 11 de mayo de 1825:

« Art. 124. Los abogados podrán estipular libremente con sus clientes los honorarios que les correspondan, lo mismo que puede hacerse en cualquiera otra profesión ó industria. »

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 18 tit. 22 lib. 5 Nov. Recop.* « Mandamos que todos los abogados de los nuestros reynos se contenten de llevar honrados y templados salarios por su trabajo de los pleytos en que ayudaren; y que no puedan llevar salario alguno que suba ni exceda la veintena parte de lo que indica y montare el pleyto en que ayudaren, agora sea el pleyto de uno, agora de muchos, agora sea el abogado de los reos agora de los actores, agora sea la causa seglar, agora eclesiástica. Y mandamos que la dicha veintena parte no pueda subir la suma de treinta mil maravedís arriba . . . . . ; lo cual todo mandamos que se entienda con los abogados que residen en el nuestro Consejo y en la nuestra Corte y Chancillería; y que todos los otros abogados de nuestros rey-

Digitized by Google

nos no lleven ni puedan llevar por sus salarios mas de la mitad de los precios susodichos; y que . . . . . »

Derecho Romano.—Trae *Merlin* en la palabra *Honorarios–Repertorio*, una prolija é ilustrada disertación sobre la doctrina romana en cuanto á honorarios de los abogados. Cita los siguientes párrafos de *Ulpiano* en la *L. 1 D de extraordinariis cognitionibus.*

« 5. Proinde ne juris quidem civilis proffesoribus jus dicent: est quidem res santissima civilis sapientia, sed quæ pretio mercenario non sit estimanda, nec deshonestanda dun in judicio honos petitur, qui ni ingressu sacramenti offerri debuit; quædam enim tametsi honestè accipiantur, inhoneste tamen petuntur. »

« 10. In honoris advocatorum ita versari judex devet, ut pro modo litis, proque advocati facundia et fori consuetudine et judici in quo erat acturus estimationem adhibeat: dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur. »

« 12. Si cui cautum est honorarium, vel si quis de lite pactus est, videamus an petere possit. Et quidem de pactis ita rescriptum ab Imperatore nostro et divo patre ejus. Litis causa malo more pecuniam tibi promissum ipse quoque profiteris; sed tive ita jus est, si, suspensa lite societatem futuri emolumenti cautio pollicetur: si vero just causam actam, cauta est honoraria summa, peti poterit usque ad probabilem quantitatem, etsi nomine palmarii cautum sit: sic tamen ut computetur id quod datum est cum eo quod debetur neutrunque compositum licitam quantitatem exedat. Licita auten quantitas intelligitur pro singulis causis usque ad centum aureos. »

Textos que dicen lo siguiente:

5. Por la misma razón no deben oir (los Presidentes de provincias) las demandas que los profesores de derecho civil formaren contra sus clientes. La ciencia del derecho civil es sin duda infinitamente respetable, pero élla no debe ser estimada en pesos de oro, y sería envilecerla admitir á un profesor de esa ciencia á demandar en juicio un honorario que ha debido serle ofrecido al entrar en su encargo; porque hay cosas que se pueden recibir decentemente, pero que sería indecente exigir.

10. En los honorarios de los abogados el Juez debe tener en cuenta la naturaleza de cada negocio, los talentos del orador que ha informado y el uso local del foro en que ha hablado. Según esas bases debe tasarlos, sin exeder la suma determinada por la ley.

12. Si ha sido prometido un honorario á su abogado, ó si se ha celebrado entre él y su cliente un pacto sobre el proceso, veamos si él puede demandar en juicio la ejecución de la promesa ó del pacto. Hé aquí lo que sobre pactos contiene un rescripto de nuestro Emperador (Marco Aurelio) y su padre (Conmodo). «Si habéis hecho con vuestro cliente un pacto por el cual os asociáis á la ganancia de su proceso, ese pacto es contrario á las buenas costumbres; pero si después de haber defendido una causa se os ha prometido por vuestro honorario una suma que no sea excesiva, podéis exigirla, siempre que, junto con la recibida anteriormente no exeda de la tasa legal. Y se entiende por tasa legal, la suma de 100 sueldos de oro por cada causa (3.464 francos.)

Y después de examinar *Merlín* algunas leyes del Código y algo de las novelas, resume así:

«Toda la Economía del derecho romano sobre los honorarios de los abogados, se reduce, pues, á estos tres puntos:

«Permisión de recibirlos de la mano benévola que los ofrece, sea antes ó después de la defensa.»

Digitized by Google

«Facultad de hacérselos prometer después de la defensa y de la sentencia, por escritos que produzcan acción judicial.»

«Orden á los jueces de hacerlos pagar de oficio en el caso en que el cliente quiera forzar al abogado que ha comenzado, á terminar su defensa.»

EXPLICACIONES.

Costas al litigante temerario. Ordena el legislador en la primera parte del artículo 182 que en la sentencia se condene en las costas al litigante que haya seguido el pleito con temeridad. Según eso es deber del Juez la imposición de las costas al litigante temerario. No se necesita que el contrario lo pida, sino que el Tribunal de oficio debe hacerlo, en obedecimiento al mandato legal.

En ello ha seguido nuestro Código la misma doctrina legal antigua, que hacía depender la condenatoria, de la temeridad; á diferencia de la doctrina francesa y de otros países, según la cual el vencido debe pagar las costas. El hecho del vencimiento no es bastante entre nosotros. El Juez debe estimar si ha habido ó no fundamentos razonables, justificativos, para seguir su pleito el que ha sucumbido, á fin de deducir si hubo ó no temeridad de su parte en sostenerlo. Esa apreciación queda á la conciencia, al recto arbitrio del Juez, que debe pesar al efecto todas las circunstancias del caso. Ninguna otra regla puede darse, que obrar con la más absoluta imparcialidad, animado del leal espíritu de justicia, penando al que ha sido ligero, apasionado, verdaderamente descuidado, y ha obrado sin motivo razonable que excuse su carencia de justicia; á fin de que indemnice de los gastos á aquel á quien inconsideradamente forzó á venir á defender su buen derecho.

Qué son costas? ¿Y qué debemos entender por costas? Costas, costos, coste, son vocablos que tienen en este caso la misma acepción de gastos hechos en el pleito para seguir el juicio hasta su definitiva decisión y sellar el proceso con la ejecución de la sentencia; significado que también tenía la voz misiones que solían usar las leyes de Partidas.

Pero como pudiera suceder que con ocasión del pleito, hiciese alguna parte gastos indebidos y hasta irracionales, agregaremos alguna explicación más. Las costas son los gastos procesales, los que aparecen del proceso mismo y son consecuencia necesaria de él; ó como dijo Gregorio Lopez en una glosa á la Ley de Partidas arriba copiada: *quod non condemnetur in dannis extrin cesis sed tantum in expensir judicio, quando expensæ veniunt ratione victoriæ.* El papel sellado, las estampillas, las citaciones, indemnisaciones á testigos, derechos legales de tribunales, los de los expertos, los derechos de registro, de copias ó documentos traídos al juicio, los vehículos para traslación de los Tribunales en las actuaciones fuera de su local, los honorarios de los abogados y procuradores y culquiera otro gasto procesal. Los viajes de la parte ó sus representantes, si no constan del proceso y no fueren para actos de defensa que consten también en aquél, no pueden incluirse; y mucho menos si los de la parte no se limitan á los solos gastos de traslación. « Los actos frustratorios, la falsas expensas de las partes en el proceso, las memorias impresas, consultas de abogados, viajes extra-legales etc,, no figuran en las costas que debe soportar la parte que sucumbe,» dicen *Rouseau* y *Laisney* en su *Diccionario de procedimiento:*

No entran perjuicios. Bien pudiera el vencedor haber sufrido verdaderos os y perjuicios por causa del pleito: ellos no podrán ser comprendidos en costas; porque como dice *Sourdat* en su *Tratado general de la responsabid ó de la acción de daños y perjuicios*, (volumen 1º, página 632) « Por regla eral el hecho sólo de haber sostenido una pretensión mal fundada, no en- otra consecuencia que la condenación en costas. Es la pena natural im-

Digitized by Google

puesta por la ley contra el litigante temerario, ó que, á lo menes, se ha engañado sobre lo existencia de su derecho, según la decisión definitiva, pero que á pesar de ello, ha usado legítimamente de la facultad de llevar á los tribunales sus pretensiones». Para que el Tribunal pudiera condenar, sin incurrir en el vicio de *ultra-petita*, en otros gastos que más propiamente estarían comprendidos en daños y perjuicios, sería preciso que se hubiera hecho de ellos un punto especial de demanda; y entonces el Juez tendría que exigir, no la sola prueba de la temeridad, de la sin-razón, sino demostración de dolo ó fraude, ó al menos de intención de dañar sin necesidad.

La condenación es personal. La condenación en costas es personal; de suerte que si son varios los condenados, cada uno está solo obligado por su parte, en proporción del número de personas y no del interés que representen. La solidaridad no se presume. Mas por lo mismo que el punto de costas queda á la justa apreciación de los Jueces, pueden imponer al condenado solamente una parte de éllas, si encontraren justificada su conducta hasta cierto estado de la causa, y no en adelante; ó pueden distribuirlas entre los distintos condenados, en porciones diferentes, según los grados de temeridad que acusen las circunstancias.

Síguese así mismo, de ser la condenación personal, que solo puede hacerse contra el litigante, y no contra su representante ni contra tercero; pues si bien aquel debe estar expensado, es únicamente para ir haciendo los gastos que toquen á su representado en el curso del proceso.

Costas en los procesos de la mujer casada. ¿Y qué diremos del marido en los procesos que interesen á su mujer? ¿En qué casos puede ser condenado en costas en tales pleitos? *Carrè*, que se hace cargo de esta cuestión, *(Jugéments Q 548)*, después de citar y examinar las opiniones de *Pigeau*, *Proudhon*, *Tullier*, *Merlin*, *Loiseau* y otros, y varias decisiones de las Cortes, resume así: «Es preciso concluir que la autorización dada por el marido para litigar, le somete al pago de costas, si se trata de bienes dependientes de la comunidad ó de los dotales, pero no así si la controversia se refiere á parafernales de la esposa y aun dotales, cuando está separada de bienes. Pero si ha rehusado su autorización, entonces no puede ser considerado como parte, aunque no haya expresado los motivos de su negativa . . . . . En fin, dice, nos parece indudable que los gastos de la mujer en el pleito de separación de cuerpos, no pueden ser de cargo de la comunidad. Por nuestra parte debemos advertir para la inteligencia de esas doctrinas, que se trata de la persona á quien pueda condenarse, y nó de las obligaciones consecuenciales respecto del que administre los bienes, para el cumplimiento de la condenación, pues aquéllas están definidas en el Código Civil.

Administraciones públicas No pueden ser condenadas en costas las Administraciones públicas, en ciertas causas fiscales, en los casos determinados en el Código de Hacienda.

Costas á tutores, curadores, etc. Pero creemos que conforme al espíritu de las disposiones del Código Civil referentes á tutela y curatela y del de Comercio sobre quiebra, son aplicables entre nosotros las siguientes doctrinas que traen los autores *(Dicccionario arriba citado)*. «Los jueces pueden de oficio condenar en las costas . . . . á los tutores, administradores, etc., que han oomprometido los intereses de su administración.—*(Carré* y *Chauveau Q 563.*»—*Pigeau* tomo I, página 313.—*Favard* tomo 3, página 161.—*Thomine* tomo I, página 256.» «Ha sido decidido por aplicación de este principio, que el síndico de una quiebra puede ser, aún de oficio, condenado personalmente en las costas, cuando aparece comprobado que los gastos han sido hechos, más con la mira de ruido y escándalo que de obtener un resultado ventajoso á la masa».—(Cas. de 17 de agosto de 1853.—Cas, 24 de julio de 1867.—(Cas. de 22 de agosto de 1871.—*Chauveau sur Carré.*—Q 562—*Rodière*, comp. y pro. T. 1 p. 258 etc.

Costas al apelante temerario. La segunda parte del artículo en que nos

Digitized by Google

ocupamos, ordena imponer también las costas de la alzada al apelante, cuando se hubiere confirmado en todas sus partes la sentencia apelada. Es deber del Tribunal de alzada, que debe cumplir de oficio. Y es necesario que el fallo apelado sea confirmado en todas sus partes, porque si se reforma en algún punto no tiene entonces el Tribunal el deber de tal condenatoria; y parece justo que ya que el superior encontró un agravio que correjir, no se tenga por temerario al apelante.

Costas en las instancias superiores. Aunque los Tribunales deciden de oficio en el punto de costas, es en nuestro sentir, con relación á la respectiva instancia; pues para conocer respecto de las inferiores, es preciso que haya apelación que las comprenda, y que no haya ejecutoria en cuanto á éllas. Así, por ejemplo, si en primera instancia se declaró con lugar la demanda sin costas, y el demandante nó apeló, ese punto de costas de primera está consentido por él, y el Superior, aún confirmando en lo demás la sentencia, no puede meter la mano en esas costas y solo puede pronunciar en cuanto á las de segunda, esto es, las del recurso. Si el demandante apeló por las de primera, el Superior ha de decidir respecto de éllas; y si por haber apelado también el demandado, reforma la superioridad en algo lo principal y confirma en cuanto á las costas de primera, en la apelación á tercera instancia, la Suprema no puede ya conocer en cuanto á costas de primera, por estar ejecutoriado ese punto por la conformidad de los dos primeros fallos; pero si puede conocer respecto de las de segunda y tercera.

Costas en las incidencias. Como el texo del artículo parece referirse solo á la sentencia definitiva, pues habla de haberse seguido el *pleito* con temeridad, conviene aclarar el punto de costas en las interlocutorias. Según lo que vemos en *Carré y Rouseau y Laisney*, resulta que la práctica seguida entre nosotros, es conforme con la doctrina general de los autores, de que las sentencias ó decisiones de sustanciación se libran sin estatuir sobre costas, lo mismo que aquellas de más entidad pero en que no ha habido discusión probatoria; pues los gastos que ocasionen tales puntos entran en las costas á que se refiere la sentencia definitiva. Pero en las excepciones previas, dilatorias y otras incidencias en que hay relación é informes, el fallo debe pronunciar sobre costas; y por supuesto que en las instancias superiores de tales incidencias debe hacerse igual cosa.

Límites de honorarios para el condenado. Pasemos al artículo 183. El dispone que la parte condenada en costas nunca será obligada á pagar por honorarios de los abogados y procuradores de la contraria, una cantidad que exeda de la mitad de lo demandado.

En materia de honorarios los autores discuten extensamente si en la legislación romana era permitido á los abogados cobrarlos; y por lo que atrás insertamos, se vé que *Merlin* fue de los que pensaron que, según Ulpiano, lo nobilísimo de la profesión hacía mirar como aceptable que recibieran lo que se les diese, y como indigno que los cobrasen judicialmente. Esa idea siguió predominando de tal modo, que aquel mismo autor, al examinar la cuestión bajo el régimen de las antiguas ordenanzas francesas, dice, que aunque no había inconveniente legal para cobrarlos, en el Parlamento de París, se rayaba del cuadro á los abogados que ocurrían á juicio para hacer el cobro. Todavía, según lo que dicen *Rouseau* y *Laisney* en su citado Diccionario, se practica aquella exclusión en el *Barreaux* de París, y la generalidad admite en Francia, apesar de la jurisprudencia, que el abogado no debe reclamar judicialmente sus honorarios.

Nuestro derecho sobre honorarios. En la generalidad de los paises, aquellas ideas romanas han desaparecido, dando libertad al abogado en materia de honorarios, sin desconocer por eso lo noble de la profesión. Entre nosotros, como en todos los pueblos incipientes y pobres, los abogados no gozan de los honores y distinciones que en los adelantados y ricos; porque prevalesciendo más visi-

Digitized by Google

blemente en los primeros las soluciones de la fuerza y los intereses de partido, el derecho y la justicia, de que son oráculos los abogados, de ordinario son desatendidos. Hasta la calumnia, impulsada por no sanos propósitos, ha querido con frecuencia deprimir esa profesión tan necesaria como util á los buenos intereses sociales; de tal modo que el mismo Napoleón I, el genio más esclarecido de la edad moderna, tuvo frases deprimentes para los abogados. Pero; qué lección tan elocuente se ha encargado el tiempo de presentar á la conciencia humana!: ¡de todas las grandes obras de aquel privilegiado mortal sólo ha perdurado el *Código Napoleón*, que formaron los eminentes abogados franceses de aquella época!! ¡Y qué decepciones tan repetidas sufre la vulgar detracción, obligando á su autor á ocurrir á los calumniados, cada vez que por haber dejado de oir sus consejos oportunos, se ve enuuelto en serias dificultades y en peligro de graves pérdidas!

Pero volvamos á nuestro artículo. Según él, y los demás á que nos hemos referido, el abogado goza de libertad para pautar la remuneracióu de su trabajo, y para estimar la cantidad; pero la parte que lo emplea tiene el derecho de pedir retasa, que practica el juez esociado á dos abogados, y á su falta procuradores; y esa fijación es irrevocable. Mas, si se trata de que los pague la parte contraria, par condenatoria hecha, esta no solo tiene derecho á pedir también la retasa, sino á no satisfacer por tal respecto una cantidad que exceda de la mitad de lo demandado.

Como se entiende la limitación. «La mitad del valor de la demanda» son las palabras de la ley; de suerte que si hay reconvención, y citaciones de saneamiento ó garantía, y el demandante es condenado en las costas, sin hacer ninguna exclusión, está obligado á pagar los honorarios del juicio principal y de la reconvención y citaciones de saneamiento, porque estas son verdaderas demandas que se discuten y fallan en el mismo proceso. Supóngase una demanda por rescisión de un contrato de arrendamiento, con cobro de pensiones ó de perjuicios; y una contestación contradiciendo, y reconviniendo por la propiedad comprada al verdadero propietario, con citación de saneamiento al vendedor: y que se haya sentenciado declarando con lugar la demanda, con lugar la contrademanda, y procedente pero sin objeto el saneamiento, condenando en costas al demandante. ¿Por pué ha de limitarse á pagar los honorarios de los representantes contrarios, por sólo el valor de la mitad de lo que él demandó, cuando el litigio comprendió los otras dos demandas, de la propiedad misma y del derecho al saneamiento? Si fue en todo temerario, justo es que sufra la plena consecuencia de ella, que es la pena que le impone la ley.

El valor de la demanda, ó es determinada ó se estima en el libelo. Este sirve de base para fijar el maximum de los honorarios. Pero á falta de tal base, como suele suceder en las contrademandas, que diese lugar á discusión, quedará el recurso de un peritaje acordado por el tribunal.

Condenación por frutos, intereses y daños. Contraigámonos, por fin, al artículo 184, relativo á las condenaciones al pago de frutos, intereses ó daños, ó á restitución de frutos, ó á indemnización de cualquier especie. Este artículo ha sufrido reformas últimas, ya para aclararlo, ya para completarlo, por que su ejecución había dado lugar á graves controversias y á resultados tan monstruosos por parcialidad en favor ó en contra del condenado, que han venido á ser verdaderos escándalos y á refluir en descrédito de la administración de justicia. Quiere el legislador que en toda condenación de la especie indicada, se determine la cantidad por el tribunal mismo, conforme á las pruebas del proceso, estimándolas para hacer la fijación que encuentre justa: que en materia de perjuicios no se acuerden sin estar comprobados; y que *solo* en el caso, de que el Tribunal no pueda hacer la estimación y fijación según las pruebas, pueda mandar que se haga por peritos. Es, pues, deber formal del Tribunal hacer la dicha fijación; deber que no debe rehuir, para cumplir la voluntad del legislador, que cede en eso con el noble propósito de evitar contro-

Digitized by Google

versias y perjuicios posteriores, á los litigantes. Hará menor daño á éstos, fijando una cantidad racional y equitativa, aunque no fuere el resultado preciso de cálculos matemáticos, que mandarla fijar por expertos, por escrúpulos triviales ó por evitarse odiosidades. Su única escusa legítima ante la ley y su propia conciencia, es la imposibilidad real, verdadera de hacer una fijación racional y prudente con las pruebas del expediente, de suerte que pudiera tachársele de arbitrario.

Deben fijarse bases á los expertos. Llegado ese caso de verdadera imposibilidad, y de ocurrir á la experticia, quiere la ley, por una parte que en la sentencia se determine de modo preciso en qué consistan los perjuicios probados que deban servir de base á los expertos, y conforme al mismo espíritu de la ley, que en todos los demás casos, se fijen con precisión esos datos; y por otra parte, que esa experticia se lleve á cabo con arreglo á lo establecido en el Título del Código Civil sobre ejecuciones, para el justiprecio de bienes, cuyas disposiciones dan garantías á las partes del mejor acierto, ya por la condición de los peritos, ya por las observaciones prometidas á las partes mismas para ilustrar á aquellos.

La experticia es complemento del fallo. Y para evitar la confusión que muchos hacían de la experticia, con la que como prueba se puede efectuar en los procesos, en la cual se dá al Juez la facultad de conformarse ó no con élla, y aun de mandar practicar otra, declara terminantemente el último aparte del artículo, que esta esperticia á que nos contraemos se tenga como *complemento del fallo ejecutoriado*; y establece el modo de dar solución á las reclamaciones de las partes contra la decisión de los expertos, por alegar que está fuera de los límites del fallo, ó ser exesiva en más ó menos, esto es, acordando más ó menos de los justo. Para tal evento ordena la ley que el Tribunal llame y oiga á los asociados que concurrieron á dictar la sentencia en primera instancia, si tal fue el caso, ó en su defecto á dos nuevos peritos de su elección, para decidir sobre la reclamación con facultad de fijar definitivamente la estimación.

Aclaraciones. Y aquí ocurren las siguientes preguntas para aclaración del texto:

¿A qué asociados se refiere la disposición? No pueden ser otros que los que este mismo Código permite traer á formar un Tribunal colegiado en vez del unipersonal, elegidos de ternas recíprocas de las partes. Son esos los únicos á quienes el Código dá el nombre de asociados.

¿Y si el negocio es mercantil y, en lugar de asociados, concurrieron al fallo de la instancia conjueces mercantiles, podrá llamarse á éstos? Como este Código que estudiamos es de Procedimiento Civil, y el de Comercio establece su procedimiento, sin duda el legislador no quiso mezclarse en lo mercantil,

¿Y si el tribunal de primera instancia no fué quien hizo las condenatorias de que tratamos, sino por el contrario absolvió de éllas, y fue el superior quien las dictó, se llamará siempre á los asociados, si los hubo? Como la ley no viene refiriéndose sino á sentencias en que se condena á pagar frutos, intereses ó daños, etc., y los asociados contribuyeron á dar una sentencia contraria, no parece jurídico que se les llame otra vez, sino que nuevos peritos elegidos por el Juez sean los consultados, como si la sentencia de primera instancia la hiere librado el Juez solo.

Aunque en la elección de esos últimos peritos no tienen parte los litigan- por ser el voto de aquéllos meramente informativo, y la decisión definitiva a al Juez solo, la ley admite libremente la apelación de esa determina- n final.

No será nunca de más toda recomendación á los Jueces, de inspirarse bien os propósitos de la ley, en la materia á que venimos contrayéndonos, para

Digitized by Google

cumplirlos con todo escrúpulo y exactitud, á fin de evitar las desagradables y costosas controversias á que son ocasionadas esas decisiones sobre perjuicios etc, encomendadas á experticias. Precisar la naturaleza y extensión de las condenatorias y los datos ó bases de los peritos, á fin de que éstos nunca procedan de una manera arbitraria, y quede reducida su obra á las estimaciones y liquidaciones necesarias para llegar á fijar un quantum justo; no ecomizando la expresión de tiempo, de lugar, de ratas de intereses, de las privaciones ó pérdidas en que consisten los perjuicios, y de toda otra circunstancia conducente á señalar el radio de acción del peritaje. Tal es el deber del Juez, cuando él no puede verdaderamente hacer la fijación.

TITULO VIII.

DE LAS APELACIONES.

Art. 185. De toda sentencia definitiva dictada en primera instancia se da apelación, salvo disposición especial en contrario.

Art. 186. De las sentencias interlocutorias se admite apelación cuando produzcan gravamen irreparable.

Art. 187. El término para intentar la apelación es el de cinco días, salvo disposición especial.

ESTUDIO 63.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los tres artículos insertos son iguales á los 126, 127 y 128 del Código de 1880, idénticos á los 124, 125 y 126 del de 1873. El artículo 4º de la Ley única, Título III del Código de 1838 permitía la apelación á la parte que no se conformaba con la sentencia de primera, dentro de cinco días, por escrito ó por diligencia; y el 5º declaraba ejecutoriada la sentencia si no se apelaba dentro de los cinco días.

El artículo 81 de la Ley de Procedimiento de Colombia de 1825 concedía el recurso dentro del mismo término de cinco días, á la parte que se sintiera agraviada de la determinación definitiva.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley* 1ª, *Tit.* 23, *Part.* 3ª. «Alzada es querrella que alguna de las partes face de juyzio que fuesse dado contra ella, llamando é recorriendose á enmienda de mayor juez; e tiene pro el alçada que es fecha derechamente, porque por ella se desatan los agravamientos que los jueces fasen á las partes tortizeramente ó por non lo entender.»

Ley 13 dichos titulo y Part. «Agrávianse los omes á las vegadas de los juyzios que son dados contra ellos . . . . . .
E dezimos que de todo juyzio afinado se puede alzar qualquier que se toviesse por agraviado del. Otrosi dezimos que si el demandador e el demandado fizieren postura entre sí en juyzio ó fuera de juyzio, que no tomen alçada

Digitized by Google

de la sentencia que diere el judgador contra alguno dellos, que después non se puede alçar aquel se toviere por agraviado della . . . . . .
Mas de otro mandamiento ó juyzio que fiziesse el judgador andando por el pleyto, ante que diesse sentencia definitiva sobre el principal, non se puede ni deve ninguno alçar. Fueras ende cuando el judgador mandasse por juyzio dar tormento . . . . . .»

Lei 1ª, título 20, L. XI. Nov. Recopilación. «Porque á las veces los alcaldes y jueces agravian á las partes en los juicios que dan; mandamos que cuando el alcalde ó juez diere sentencia, siquier sea juicio acabado, siquieotro sobre cosa que acaesca en el pleito, aquel que se tuviere por agraviado puede apelar hasta cinco días desde el día que fuere dada la sentencia, ó recibido el agravio y viniere á su noticia; y si así no lo hiciere que dende en adelante la sentencia ó mandamiento quede firme.»

Lei 23, título 21, libro 11. Nov. Recopilación. «Establecemos que de las sentencias interlocutorias no haya alzada, y que los judgadores no la otorguen ni la den, salvo si las sentencias interlocutorias fueran dadas sobre definición perentoria ó sobre algún artículo que haga perjuicio en el pleito principal etc. . . . . .»

Derecho Romano.—«Appellatio vulgo definitur ab inferioris judicis sententia ad superiorem legítime facta provocatio.»

«Appellandi usus quam sit frequens, quamque necesarius, nemo est qui nesciat; quippe quam iniquitatem judicantium vel imperitiam corrigat; licer non numquam bene latas sententias in pejus reformet, neque enin utique met lius pronuntiat qui novissimus sententian laturus est. *L. 1 D. 49—de appell—Ulp. lib. I de appell.*»

«Ex concensu litigantium citra compromissum á prœside provincie judice dato, victus potest provocare. *L· 23. D.—49—l de app—Pap. lib. IX. resp.*»

«Item regulariter ab omnibus sententiis interlocutoriis appellari non permittitur»

«Hinc Gratiamus, Valenctinianus, Theodocius et Arcadius. Ante sententie tempus et ordinem eventus, nec á discussore nec â ratîonali appellare liceat. *L. 7, Cod. 65 quos appell non recip.*»

«Interdum tamen ab interlocutoria appellatur, nimirum si ea sit cujus gravamen reparari non posset, per provocationem interpositum post definitivan sententiam. Id.»

Textos que dicen :

Según la definición vulgar la apelación es el recurso legal al magistrado superior, de la sentencia dada por el inferior.

Nadie hay que ignore el uso frecuente y necesario de la apelación, para el efecto de reformar la iniquidad y enmendar la impericia de los jueces, aunque á veces se reformen sentencias justas y se cambien en peores; porque no por sentenciar último se sentencia mejor.

El que ha sucumbido en primera instancia, puede, si no hay compromiso entre las partes, que lo impida, apelar al juez dado por el Presidente de la provincia.

Así mismo regularmente no es permitido apelar de ningunas sentencias interlocutorias.

De aquí que los Emperadores Graciano, Valentiniano, Teodocio y Arcadio digesen que no se puede apelar de las sentencias interlocutorias así como de los actos de otros jueces comisionados, según la natureleza del asunto, antes que el fallo definitivo haya sido pronunciado.

Digitized by Google

No obstante, á veces se apela de sentencia interlocutoria, y esto es, cuando el gravamen que produce no puede ser reparado por la apelación interpuesta del fallo definitivo.

EXPLICACIONES.

Superioridad de nuestro sistema de apelaciones. Después de tratar el Código en el Título anterior de las sentencias, era lógico ocuparse en este del recurso ordinario de la apelación; materia importante y trascendental, en la cual á pesar de algunas posibles imperfecciones, el estudio de la legislación procesal comparada, nos pone más de relieve la bondad de nuestro sistema, por la sencilla y correcta facilidad del plan á que obedece. Mientras el Código Francés, el Belga, el de Ginebra, el Italiano, el Alemán moderno y la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, como consecuencia de su tramitación general y por ser su juicio más común el oral, y acaso cediendo á la fuerza de las costumbres que vienen de antiguo, parten de la base de que la apelación, por ser introductiva de otra instancia, debe ser tratada casi como una nueva y formal acción, nuestro Código la considera simplemente como verdadero recurso ordinario del mismo juicio, como un paso adelante en la gerarquía judicial para la revición de lo hecho, hacia la terminación final del mismo litigio. Por eso en aquellos otros Códigos se hacen diferencias en las vías ó recursos con que una misma sentencia puede ó no ser atacada, por oposición, por apelación etc., se hacen minuciosas distinciones de las decisiones mismas, se ordenan repetidas citaciones, se exigen escritos formales, se fijan lapsos diversos, y todo se tramita minuciosamente para procurar claridad, en medio de tanta complicación. En el nuestro predomina la sencillez: es un ocurso de las partes á mayor Juez, ante un Superior de más extensas luces, que va á juzgar, oyendo á los interesados, de los agravios hechos por la decisión del primero, teniendo á la vista el proceso mismo ó copia auténtica de lo conducente, sin ritualidades embarazosas, con economía de pasos, de tiempo y de dinero. No se necesita más: y la práctica de 1838 acá, nos demuestra que no tiene inconveniente.

Utilidad del recurso. Ya en lo dicho dejamos definido el recurso de apelación ó alzada, que es una preciosa garantía de los litigantes contra los agravios que, por parcialidad, por descuido ó ligereza ó por insuficiencia, les infieran los Jueces; y aun para estos mismos, por el estímulo para no errar y tener la satisfacción de ver aprobadas sus decisiones; y para la ciencia por contribuir á aumentar el rico caudal de utilísimos antecedentes para la buena jurisprudencia.

Apelación de sentencia definitiva. En el artículo 185 dá el legislidor la regla general en cuanto á la sentencia definitiva de primera instancia, declarando que de élla ha lugar á apelación, sin más excepciones que las hechas en disposicianes especiales. Y como, según tenemos dicho, es en verdad sentencia definitiva no sólo la que termina el litigio, pronunciando sobre las cuestiones de fondo, sí que tambien la que, con motivo de resolver una incidencia, decide en términos que hace imposible la continuación del juicio, la sentencia de esta naturaleza está incluida en la disposición general, salvo disposición en contrario.

Salvas de la Ley. Esas salvas son referentes á aquellas definitivas que se pronuncian en juicios de una sola instancia, como en la Corte de Casación y algunas de la Corte Federal, y otros juicios, como el de invalidación, y algunos verbales, y cualquiera otro en que expresamente se niega la apelación.

Es recurso para el perdidoso. Y no se olvide que la alzada es un recurso para el litigante agraviado, no para el vencedor, no para aquel á quien se concede todo lo que pide, como lo declara el artículo 30, que estudiamos en el Título Preliminar.

Digitized by Google

Pacto de no apelar. Nuestra ley no habla de pacto de las partes de no apelar, y conformarse con la decisión del Juez. Creemos que, no habiendo prohibición legal, pueden voluntariamente hacerlo los litigantes, pues se trata de un derecho renunciable, y del cual se les permite desirtir, aun después de intentado.

Apelación de la interlocutoria. En el artículo 186 se establece la regla en cuanto á las interlocutorias, declarándose que dan lugar á apelación cuando producen gravamen irreparable, sin tener que atender á la especie ó naturaleza de la interlocutoria, ni á que sea ó nó, de mera sustanciación. La regla para la admisión ó negativa de la apelación, estriba sólo, pues, en que produzca ó nó gravamen irreparable. Y como respecto de este punto nada define la ley, queda á la recta apreciación del Juez, el juzgar, cuando se produce ó nó tal gravamen, en todos aquellos casos en que la ley misma no haya cuidado de establecer que se oiga ó nó el recurso, como de ordinario lo hace.

Providencias de sustanciación y otras. Desde luego se observa, que las providencias de mera sustanciación, por lo mismo que sólo tienden á llevar adelante la tramitación procesal, cumpliendo las ritualidades ordenadas por la ley, no pueden producir ningún gravamen, y son por tanto inapelables. Contra éllas, como vimos atrás, deja la ley el derecho de reclamar del mismo Juez, su revocatoria por contrario imperio, y la facultad á éste para hacerlo también de oficio. En los decretos ó decisiones de mayor alcance, librados sin las formalidades de vista ó relación, que pueden afectar el derecho de defensa é influir en la decisión definitiva, claro es que pueden producir gravamen irreparable para alguna de las partes ó para ambas. En tales casos tiene el Juez que examinar á cuál de los litigantes afecta el gravamen irreparable, y oir la apelación del reclamante que lo sufra, nó del otro; y si afecta á ambos, oirla á los dos si uno y otro apelan. Así, por ejemplo, pretende el demandado que el punto se decida sin más prueba por creerlo de mero derecho, y el demandante sostiene lo contrario, claro es que si el Juez decide de conformidad con la pretensión del demandado, el actor se encontrará en el momento de la definitiva sin la prueba que ha creído deber hacer, sin poderlo remediar. Para él habrá la apelación que admite el artículo 289, no para el demandado, que no tendría de qué apelar. Resuelve el Juez de oficio que procederá a sentenciar la causa como de mero derecho: se oponen á ello ambas partes, que creen necesarias las pruebas; el gravamen sería para una y otra, que podrían apelar. Y así en los actos de negativa de prueba de testigos, de negativa de algún capítulo de pruebas y otros por el estilo. El artículo 305 de este mismo Código admite la apelación en toda negativa ó admisión de pruebas, reconociendo así que ambas pueden producir gravamen, con la diferencia de oirla en el caso de la primera, libremente, y de la segunda, en un sólo efecto.

Providencias sobre pruebas. Respecto de la providencia de admisión de prueba que la otra parte combate por inadmisible, del estudio que hacen *Carré y Chauveau Q. 1630 Ap.*, deducimos la doctrina de que si el Juez la manda evacuar reservándose estimar en definitiva, no solo su mérito sino también su misma admisibilidad, si la otra parte guarda silencio, como nada prejuzga, ningún agravio hace á los litigantes, que lo consienten de hecho; pero que si hay oposición y discusión sobre la admisibilidad, el decreto mandado evacuar la prueba es apelable para el oponente; porque el Juez prejuzga para definitiva, y porque, según *Duparc Poullain*, toda providencia de instrucción que es irregular y que puede ocasionar gastos innecesarios, causa un agravio evidente á una ú otra parte ó á ambas, y es el espíritu de las leyes excluir las instrucciones inútiles. Esta doctrina es la que ha seguido nuestro Código, oyendo la apelación tanto en el caso de admisión como en el de negativa, diferenciándolos solo en la urgencia de la ejecución, esto es, en ambos ó en un solo efecto. *Sanojo* opinaba que el decreto de admisión era inapelable porque el gravamen era reparable con solo desechar la prueba en de-

Digitized by Google

finitiva; pero ¿cómo se podía reparar el prejuicio sobre la necesidad de la prueba, y la pérdida de tiempo en la evacuación, suponiendo que el mayor gasto se reembolzase con una condenación en costas, no siempre segura?

Apelación en las articulaciones. En fin, si se trata de articulaciones, como excepciones dilatorias, oposiciones á embargo, debates sobre secuestro, arraigo ó afianzamiento, tachas de documentos, debate probatorio interdictal, recusaciones etc., de ordinario el mismo Código, al reglar esas materias, expresa cuando deba oirse ó nó apelación, y esa será la regla. Y en el silencio de la ley, toca al Juez apreciar si existe ó nó el gravamen irreparable, que es la norma general en las interlocutorias; labor en la cual debe andarse el Juez con suma discreción, para no sacrificar al interés de abreviar el juicio, el más atendible de la libertad de la defensa y de la firmeza del procedimiento. En caso de duda lo prudente es oir el recurso, como que es una garantía de las partes y de la buena administración de justicia.

Término para apelar. El artículo 187 establece el término para apelar, fijándolo en cinco días, que deben ser hábiles y contarse como tenemos explicado. Es lapso perentorio; y regla general que ha de seguirse, sin otra excepción que la que haga expresamente la ley, como en los juicios verbales, en alguna incidencia, en las interlocutorias en asuntos mercantiles, y no recordamos si en alguna otra materia especial, en los cuales se dan términos más cortos.

Ha predominado en la legislación patria ese término de cinco días. En Roma se señalaban dos ó tres días según estos textos: *Biduum vel triduum apellationis, ex die sententiæ latæ computandum erit. Dies antem istos quibus appellandum est, ad aliquid utiles esse oratio divi Marci voluit;* pero por la Novela 23 de Justiniano, el término se extendió á diez días. En las leyes españolas que arriba insertamos, se dieron esos mismos lapsos romanos, ya de cinco ya de diez días. En la ley de Colombia los mismos cinco días. Y en nuestro Código de 1838 igual término, que fue reducido en un tiempo á tres, y que al fin volvió á ser de cinco, como está hoy.

Modo de contar el lapso. ¿Y á partir de qué día se cuentan esos cinco de la apelación? Indiscutiblemente nos parece que ha de ser desde el día de la publicación de la sentencia, el cual debe hacerse constar en autos, como lo hemos explicado ya. En nuestro sistema, que considera presentes á las partes en el juicio, desde el emplazamiento para la litis-contestación, la publicación basta para tener como instruidas á las partes.

Casos de muerte. Oportuno es recordar que, según lo que hemos expuesto antes, la personalidad del apoderado caduca por la muerte de su poderdante, y cesa por la del mismo apoderado; á fin de que, si dada la sentencia, ocurriere tal accidente corriendo el término de la apelación, se tengan presentes aquellas doctrinas legales para no perjudicar á los herederos de la parte fallecida, ni dejar vicios que anulen el procedimiento.

Art. 188. La apelación interpuesta de la sentencia definitiva se admitirá en ambos efectos, salvo disposición especial en contrario.

Art. 189. Las apelaciones de las sentencias interlocutorias no se admitirán en ambos efectos, cuando es urgente su ejecución por la naturaleza del caso.

Art. 190. Interpuesto el recurso de apelación en el término

Digitized by Google

legal, el tribunal lo admitirá ó lo negará en la audiencia siguiente.

Pero para dar curso á la apelación se esperará que corran los cinco días para interponerla, solo cuando ambas partes tuvieren derecho á intentarla.

ESTUDIO 64.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los tres artículos copiados son los 129, 130 y 131 del Código de 1880, iguales éstos á los 127, 128 y 129 del de 1873, pero reformado el último en el actual. Vienen, con reformas, del 4º, 5º y 6º de la Ley única Tit. III Código de 1838.

DERECHO ESPAÑOL.—*Lei 22 título 23 part.* 3ª "Cumple mucho á los ome de saber quando, e en que manera se deven alçar de los juyzios que fueren dados contra ellos si se sintieren agraviados. E por ende lo queremos aquí mostrar, e decimos: que luego que fuere dado el juyzio contra alguno se pueda alçar diciendo *álçome*; e abondale, maguer non diga á quien se alça nin porque razón. Ca entendiese que se alça para aquellos Mayorales que lo han en poder de judgar Mas si entonces, luego que fué dado el juyzio, non se alçasse non lo podria des. pues de palabra, antes lo deve fazer por escrito desde el dia que fue dada la sentencia contra él fasta diez dias; e tal escrito como este deve ser fecho en tal manera: Yo Fulano, sintiéndome por agraviado de la sentencia que distes vos, Fulano contra mí por tal ome mi contendor sobre tal cosa (nombrandola señaladamente) *álçome* al Rei ó á los judgadores, etc . . . E quando diere el escrito develo leer ante el Juez, si lo quisiere oir é lo fallare en lugar que lo pueda fazer é si non lo fallare ó si recelare dél temiendose que le querrá fazer mal ó deshonrra porque se alça de su sentencia, develo leer publicamente ante omes buenos . . . . . ."

Lei 24 título 20 XI. Nov. recop. "Si algun hombre se agraviare del juicio que el Alcalde diere, y apelare dél, non le denueste ni le diga mal por ello, mas reciba la alzada y haga lo que debe; otrosi mandamos que aquellos que apelaren no sean osados de decir al Alcalde que juzgó mal, ni denuesto alguno, salvo que en buena manera diga y razone aquello que hace á su pleito: y quien al Alcalde denostare ó aviltare, peche al Alcalde diez maravidis por la osadía, y sobre esto páre á la pena que manda la lei. segun fuere la injuria; é si el Alcalde denostare ó deshonrare al que apelare de él, haya la misma pena. Y todo juez que denegare apelación y no la quisiere otorgar, habiendo lugar, caiga en pena de treinta mil maravedis para nuestra Cámara, salvo en los pleitos que son sobre nuestras rentas."

DERECHO ROMANO.—"Appellatur regulariter per libellum judici á quo appellatur porrectum, Tamen quum quidam propter violientiam judicis non ipsi á quo appellaverit, devit libellos sed publicè proposuisset; dívum Severus veniam ei dedit et permisit ei causas appellationis agere.—*L. 7. D. 49 l. de appell.*"

'Libelli qui datur appellatoril ita sunt concipiendi ut habean Scriptum et á o datí sint (hoc est quí appellet), et adversus quem, et á quo sententia *L. 1 § D dict. Tit.*"

Sed si apud acta quis appellaverit, satio erit si dicat *appello L. 2. D. 49.*"

Illut sciendum est cum qui provocavit non debere convinciari eí á quo ap- p ... Ceterium oportebit eum plecti. Et ita divi Frates rescripserunt.—*L. 8 D* (' ³º *app.* »

Digitized by Google

«Si quis die inter acta voce appellavit hoc ei sufficit. Si autem hoc non fecit ad libellos appellatoris dandos bidum vel triduum computendum est.—*L. 3 § 4 D. 49-1 de appell.*"

Dicen estos textos :

Regularmente se apela por libelo presentado al Juez de quien se apela. Sinembargo un particular por temor de violencia de un Juez, temiendo precentarle á él mismo el libelo en que apelaba, lo había presentado publicamente. El Emperador Severo, á quien se sometió el caso, lo excusó y le permitió hacer valer sus medios de apelación.

El escrito de apelación debe estar concebido de manera que enuncie la persona que lo da, es decir, quien apela, aquel contra quien apela, y de qué sentencia apela.

Pero si alguno apelare *apud acta*, le bastara decir *apelo*.

Y debe saberse que el que apela no debe insultar á aquel á quien apela. Si lo hiciere, debe ser castigado. Así lo decidieron los divinos Hermanos en un rescripto.

Si alguno apela de viva voz el mismo día de la sentencia, eso basta ; pero si así no lo ha hecho, es preciso acordarle dos ó tres días para presentar su libelo de apelación.

EXPLICACIONES.

Como debe apelarse. No dice nuestro Código como debe apelarse, si por diligencia ó por escrito ; por ser innecesario, toda vez que según nuestro sistema, la parte tiene derecho de hacer sus solicitudes verbalmente escribiéndolas el Secretario en el proceso, ó presentar un escrito por separado, mientras la ley de modo expreso no requiera precisamente uno ú otro medio. Tampoco necesita dar fórmula para apelar, como no la necesita para ninguna otra manifestación ó solicitud, pues es á las partes á quienes interesa ser claras y precisas, para que no pueda dudarse de la decisión de que apelan, si hubiere más de una. Y en fin, tampoco necesita recomendar comedimiento en los términos de que se valga, pues es regla general dada en el mismo Código, que debe usarse siempre un lenguaje apropiado sin insultos, agravios ni indecencias.

Apelación absoluta ó limitada. Pero sí conviene decir que la apelación puede ser absoluta ó limitada, esto es, ó de todo lo decidido, ó de alguna parte del fallo solamente, por ser favorable en otras ó en lo demás; y aun limitarse á las costas Interesa á la parte expresarse con claridad en su apelación. La palabra *apelo* después de la sentencia, basta para que se entienda que es de todo lo decidido: y la frase *apelo en cuanto me es desfavorable*, indica bien la parte *apelada*.

Apelación subsidiaria. Y será válida una apelación subcidiaria? Si al presentar un escrito de alegatos, por ejemplo, sobre admisibilidad de una prueba, la parte concluye pidiendo se le admita, y en caso de negativa se le oiga la apelación que desde luego interpone ; si en efecto en la sentencia interlocutoria se le niega la prueba, y despues de librada no reiterare la apelación dentro de los cinco días, ¿podrá resolverse que no es válida aquella primera, y que la decisión quedó ejecutoriada? Así lo creen algunos, alegando que no debe apelarse de fallo no dado todavía, ni tampoco admitirse apelación condicional. Mas si el derecho admite las acciones subsidiarias, verbi gracia, la rescisión para el caso de no haber lugar á la nulidad, porqué rechazar un recurso subsidiario para el caso de no acojerse la solicitud á que debe referirse la sentencia? Nos parece una verdadera inconsecuencia, y una extraña verdad, el decir que consintió quien manifestó su voluntad contraria. Pero el punto puede ser dudoso, para algunos, y necesita que lo defina la jurisprudencia.

Digitized by Google

Efecto científico de la apelación. El efecto esencial de la apelación oída, es devolver ó transferir al Juez superior la jurisdicción para el conocimiento del asunto ó punto sentenciado, ó de las partes apeladas, *tantum devolutum quantum appellatum;* por ser ese el punto sustancial del recurso. Tal efecto es el que llama el derecho *efecto devolutivo*, y necesariamente ha de producirlo toda apelación admitida; por lo cual, cuando aquélla se oye en un solo efecto, no puede entenderse que es sino en el devolutivo. Pero puede ó no proceder el Juez inferior á ejecutar su propia sentencia, según lo ordene ó permita la ley, por la naturaleza de aquélla; y ese es el efecto *suspensivo*, que produce la apelación en unos casos y no en otros. Cuando es oída *en ambos efectos* ó *libremente*, se entiende que no solo se transfiere al Superior la jurisdicción, sino que se suspende la del inferior, y por tanto no puede ejecutar su decisión. Y cuando es oída en un solo efecto, solo se transfiere la jurisdicción al Superior para conocer de lo apelado, y continúa el inferior en el conocimiento, y por consiguiente cumpliendo su decisión.

Los romanos no establecieron esa diferencia en las apelaciones admitidas; porque nunca se efectuaba lo decidido mientras estaba pendiente el recurso, salvo casos raros y expresos.

Fué el derecho canónico el que hizo la distinción, estableciendo para ciertos casos la ejecución provisoria, no obstante la apelación; y de él pasó al derecho civil.

En qué efectos se oye en la sentencia definitiva. Nuestro artículo 188, á que nos contraemos, al establecer que la apelación de la sentencia definitiva debe ser oída en ambos efectos, quiere, pues decir, que el recurso comporte los efectos devolutivo y suspensivo. Y estando en el rango de definitivas todas las sentencias que tienen fuerza de tal, ó hacen imposible la continuación del juicio, éllas están comprendidas en la disposición.

El artículo agrega, salvo disposición especial en contrario, con el fin de decir que esa regla general no tiene otras excepciones que las expresamente hechas por el mismo legislador.

En cual se oye en las interlocutorias. El artículo 189 se refiere ahora á la apelación de las interlocutorias, ordenando que no se admita en ambos efectos cuando es urgente la ejecución de la sentencia, por la naturaleza del caso. La regla viene á ser en verdad, admitirla en ambos efectos, menos cuando fuere urgente la ejecución de la sentencia por la naturaleza del caso.

Regla sobre urgencia de las ejecuciones. La ley no da aquí al Juez ninguna base para establecer ó definir esa urgencia; de modo que deja á su apreciación la naturaleza del caso. Afortunadamente la misma ley, que es el norte primero del Juez, ordena en la mayor parte de las articulaciones, la admisión y la negativa del recurso, y los efectos en que se oye; declarando así, de hecho, los casos de urgencia de la ejecución en éllas. El Juez no tiene otra cosa que hacer entonces, que cumplir la ley. En lo no previsto, obrará, no por capricho, sino mediante consideraciones serias, para convencerse de la urgencia ó nó de la ejecución; pesando siempre las consecuencias de la ejecución y de la inejecución. Si ésta trae riesgo manifiesto de dejar indefensa á alguna parte, de que quede ilusoria una medida que interese, de que se frustre cualquiera diligencia importante para la defensa de alguno de los litigantes del quede burlado su derecho, de que se impidan ocultaciones, destrucciones ó lquier otro fraude etc., claro es que la ejecución es urgente, y la librada debe se solo en un efecto. Mas si la inejecución no trae ningún riesgo ni daño, or el contrario evita males ó gastos innecesarios, deberá oirse la apelación remente. Pesadas cuidadosamente las consecuencias de la ejecución y de la ecución, podrá el Juez formar un juicio acertado, y resorver en justicia.

No deben confundirse las dos reglas. No hay que confundir la regla que el legislador para oir ó nó la apelación, que es la de producir ó nó gra-

Digitized by Google

vamen la sentencia de que se trate: con la fijada ahora para oirla en ambos ó en un solo efecto, que es la urgencia de la ejecución según el caso; ni hay que olvidarse de que tales reglas son para el caso en que la ley misma no mande admitir ó negar el recurso, ni oirlo en uno ó ambos efectos; que entonces se impone el cumplimiento del mandato legal.

Cuando se oye el recurso. El artículo 190 ordena al Juez providenciar sobre la apelación interpuesta oportunamente, en la audiencia siguiente; y esperar, no para admitirla ó negarla, sino solo para dar curso al expediente, esto es para encaminar la apelación misma, que concluyan los cinco días para interponerla, cuando ambas partes tengan derecho á la alzada. Si la sentencia favoreció á una hasta en las costas, no hay razón para esa espera. Es esa una precaución expresada claramente ahora, pues había sido mal concebida antes, en su redacción; á causa de haber ocurrido casos de enviar el expediente al Superior por la apelación inmediata de una parte, sin esperar á que la otra que también podía apelar, hiciera ó no uso de su derecho antes de concluir el término legal; procedimiento que obligó á esa parte á pasos y gastos que no debió hacer, para poder introducir su recurso.

Art. 191. Negada la apelación ó admitida en un solo efecto por el tribunal, la parte podrá ocurrir de hecho dentro de cinco días y los de la distancia, al tribunal superior pidiendo que se mande oir la apelación ó que se admita en ambos efectos, y acompañando copia de las actas del expediente que ella crea conducentes y de las que indique el juez de quien se apela.

También se acompañará copia de los documentos que indique la parte contraria, costeándola ella misma.

Art. 192. Aunque el recurso de hecho se haya introducido sin acompañar copia de las actas conducentes, el tribunal lo dará por introducido.

Art. 193. Admitida la apelación en ambos efectos, se remitirán los autos dentro de tercero día al tribunal de la alzada, si éste se hallare en el mismo lugar, ó por el primer correo que salga, después de transcurrido tres días, si residiere en otro. El apelante debe consignar el porte de correo, pero podrá hacerlo la otra parte si le interesa.

Art. 194. Admitida la apelación en un sólo efecto, se remitirá al tribunal de la alzada copia de las actas conducentes; á menos que no haya necesidad de conservar el expediente en el tribunal para continuar procediendo, caso en que se remitirán los autos originales.

Art. 195. Admitida la apelación en ambos efectos, no se dictará providencia que directa ó indirectamente pueda producir innovación en lo que es materia del litigio, mientras esté pendiente el recurso, salvo disposición especial.

Art. 196. Si por no haber admitido la apelación, ó por ha-

Digitized by Google

berla admitido en un sólo efecto, el juez inferior ha dictado providencias, éstas quedarán sin efecto, si el superior ha ordenado que se oiga la apelación en ambos efectos.

ESTUDIO 65.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los seis artículos insertos son los 132, 133, 134, 135, 136 y 137 del Codigo de 1880, y 130, 131, 132, 133, 134 y 135 del de 1873, con algunas alteraciones. Los dos primeros de sus artículos son sacados del artículo 30 de la Ley única, Título XI del Código de 1838, que á su vez fue tomado del artículo 165 de la Ley de Colombia de 1825 sobre procedimiento. Los otros dos, 193 y 194 traen su origen del artículo 69 de la Ley única, Título III del Código de 1838, y éste del 161 de la Ley de Colombia, citada.—Y los dos últimos vienen del artículo 7, Título III del dicho Código de 1838.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 155 del Estilo.* «Otrosi, si alguno viene á querellar del Alcalde que non quiera dar alzada del juyzio que dió contra él, del cual juyzio se alzó, el Rey lo deve enviar á mandar que gelo dé, si él mostrare como se alzó, e que le dé los costos de cuatro días de morada e de tantas de ida e de tantas de venida, segun fuere el lugar donde es. Pero si en razon de las costas algo quisiere decir, que sea ante él hasta tal dia, e decir lo que decir quisiere.»

Ley 26, tít. 23, Part. 3ª «Mesurados deven ser en sus palabras aquellos que se alzaren, de manera que manguer se tengan por agraviados de lo que judgaren los alcaldes, que non yerran contra ellos razonandolos mal, ó diziendoles que judgaron tuerto, ó denostadoles de otra guisa: mas deven pedir mansamente que les dén el pleyto como passó, é las razones como fueron tenudas, e el juyzio que fuere dado sobre ellas; e el alcalde de quien se alzaren, develo fazer dandoles traslado de todo bien é lealmente, non creciendo nin menguando ninguna cosa, e sellar el escrito con su sello. E esto ha de ser fecho fasta tercero día despues que se alzaron de su juizio . . . . Otrosi mandamos que el juez, luego que oviere dado el escrito á las partes, que les ponga plazo guisado á que puedan presentar e seguir el alzada antel Rey ó antel alcalde que la oviere de judgar . . . . . E sobre todo defendemos que el alcalde non se atreva á denostar nin a maltratar á la parte que se alzare de su juyzio . . . . . »

Ley 2, tít. 30. lib. 4. Nov. Recop. «Quando quier que fuere interpuesta apelación de qualquier de los alcaldes de Corte, que luego que la parte llevare la fe de nuestro escribano de Cámara, del Concejo ó Chancillería de cómo está presentado en el dicho grado de apelacion, sin dilacion alguna los escribanos de los dichos nuestros alcaldes den á los dichos nuestros escribanos de Cámara el dicho proceso original . . . . . »

Ley 26. tít. 23, Part. 3ª «Otrosi tenemos por bien e mandamos que mientras que el pleyto anduviere entel Judgador del alzada, que el otro juez de qiuen se alzaron non faga ninguna cosa de nuevo en el pleyto, nin en aquello sobre que fue dado el juyzio.»

DERECHO ROMANO —«Non recepta autem appellatione, si quidem principem appellari oportuit, principi erit suplicandum; sin vero alius appellabatur quam princeps, ille erit adeundus *L. 5, 51. D. 5 de appell. recip.*»

«Sed et si quid post receptam appellationem impedimentum factum fuerit, sum audiri oportet quem appellare quis debet.—*53 id.*»

Lo cual dice:

No admitida la apelación, si se apela al príncipe, debe presentársele una súplica, y si se apela á otro, á él debe dirigirse.

Digitized by Google

Y si después de admitida la apelación se presenta algún obstáculo, se ha de ocurrir á quien ha de apelarse.

« Post appellationem interpositan litteræ dandœ sunt ab eo á quo appellatum sit, adeum qui de appellatione cogniturus est, sive principem sive quem alium ; quas litteras dimisorias sive *apostolos* apellant. *L. un. D. 49, 6, de lit. dimis. Marc. lib. 2 de appell.*»

« Nota porro : dimissoriæ litteræ dicuntur, quæ vulgo *apostoli* dicuntur.—Dimissoriæ autem dictæ, quod causa ad eun qui appellatur est dimittitur.—*L. 106, D. 50, 16 de verb. sign.* . . . . : quorum postulatio et aceptio intra quintum diem ex officio facienda est.—*Paul Sent. lib. 5, tit, 34, de dimis. litt.*—»

« Hactenus de apostoli. Præterea ab appellante requirebatur et cautio . . *Paul sent. lib. 5, tit. 35, de caut. et pœn.*»

Textos que dicen :

Después de interpuesta la apelación el Juez de que se apela debe dar letras dirigidas á aquel que debe conocer de la apelación, sea el príncipe ú otro, y estas letras son llamadas dimisorias ó *apostoli.*

Nótese que las letras dimisorias son las llamadas vulgarmente *apostoli.* Se las llama dimisorias porque la causa es enviada (dimittitur) á aquel para ante quien se apela.

Esas letras dimisorias . . . deben solicitarse y concederse de oficio, dentro de cinco días.

Además de las dimisorias dichas, se exije al apelante una caución. *Paulo.*

« Appellationis inter positæ is effectus esse solet, ut quandiu pendent sententia, mandari executioni non possit, nihilque debeat innovari. »

« Ys etiam apellationis effectus, ut judex á quo interposita est, postquam eam receperit, non possit amplius quidquam super ea causa, de qua appellatum est, audire. *Hinc Constantinus ete, L. 13 Cod. 7 62 de appelt.* »

« Præcipuum appellationis effectum exponit hic titulos. Nimirum ; appellatione interposita, sive ea recepta sit, sive non, medio tempore nihil novare oportet : si quidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est ; si vero non est recepta, ne præjudicium fiat, quoad liberetur utrum recipienda sit appellatio, an non sit. *L. un. Ulp. lib. 4 de appell.* »

Estos textos dicen :

El efecto de la apelación interpuesta suele ser, que no puede mandarse ejecutar la sentencia pendiente ni hacerse ninguna innovación.

Es también efecto de la apelación qne el Juez de quien se apela, admitiéndola después, no puede seguir conociendo de la causa.

En este título (7º) se expone el efecto de la apelación : á saber, que interpuesta la apelación, sea ó nó admitida, en el tiempo intermedio, nada conviene innovar ; si se admite, porque se admite, y si no se admite porque no se debe prejuzgar mientras se resuelve si se ha de admitir ó nó.

EXPLICACIONES.

Recurso de hecho. El recurso de que tratan los dos primeros artícu á que nos contraemos, es conocido en nuestro Foro con el nombre de *rec o de hecho.* Por él se ocurre al Superior en el caso de que el inferior h a denegado una apelación, ó admitídola en un solo efecto ; si el agraviado e que debe ser oída ó que ha de serlo en ambos efectos, con el fin de e el Superior ordene al inferior que admita la apelación negada, ó que la mita libremente según el caso.

Digitized by Google

Término para el recurso de hecho. El término para usar de tal recurso es de cinco días, más el de distancia del Tribunal del juicio (Tribunal *á quo*) al Tribunal Superior (Tribunal *ad quem.*)

Preparación para el recurso. Para utilizar el recurso, el interesado debe pedir al Juez que conoce del asunto que le expida copia certificada de la sentencia de que apeló, de la apelación, del decreto denegando ésta ú oyéndola en un solo efecto, y de las demás actas conducentes, á su juicio; expresando que es para ocurrir de hecho; á fin de que el Juez pueda mandar incluir en la copia, cualquiera otra acta ó documento que estimare necesarios, como se lo permite la ley; y para que la otra parte pueda también pedir que se incluya, á su costa, en la misma copia, alguna otra acta ó documento, como igualmente se lo permite la ley.

Introducción del recurso. Luego ocurrirá el interesado, por escrito, al Superior, introduciendo el recurso, y acompañando las copias, si hubiere podido obtenerlas, ó sin éllas, en caso contrario; pero dentro del término dicho de cinco días y el de la distancia, que es el único lapso que la ley le concede. Si ocurre sin las copias, manifestará la causa que se lo ha impedido; y el Superior se limitará á dar por introducido el recurso en tiempo hábil, y si se le pidiere, á exitar al inferior á despachar las copias; aguardando que éstas lleguen para entrar á conocer del recurso de hecho.

Decisión del recurso. Para resolver este no exije la ley las formalidades de fijación, relación é informes; por lo cual, con vista de las copias, provee el Superior, desechando el recurso, si no lo encuentra fundado, ó en caso contrario, declarándolo con lugar, y mandando al inferior que oiga la apelación, si la había negado, ó la oiga libremente si lo había hecho en un solo efecto, según el caso.

Importancia del recurso de hecho. La importancia del recurso es manifiesta é indiscutible, desde luego que él da á las partes el medio de impedir que se consume una arbitrariedad del Juez que conoce del asunto, en un punto de tanta trascendencia, cual es el de negación ó limitación de la alzada. Ese recurso, cuyo origen viene de una ley del Estilo, era conocido y usado en la antigua práctica española, y en la moderna Ley de enjuiciamiento se ha conservado, con más amplitud y reglamentación.

Instancias superiores. Los términos del artículo primero á que nos venimos refiriendo, dicen bien que el recurso de hecho no se limita á la primera instancia, sino que se refiere á todas; de modo que si el caso se presenta en un Tribunal de segunda, puede ocurrirse de hecho al de tercera; y así, en todo otro caso en que haya un Superior ante quien pueda utilizarse.

Recurso de derecho. Si por haberse decidido favorablemente el recurso de hecho, subiere el expediente principal al Superior, como es de ley, éste entrará entonces á conocer de la apelación, siguiendo las reglas legales ordinarias para tales casos.

Pasemos á los dos artículos que siguen, 193 y 194. En éstos determina el Código el curso de la alzada; y es precisamente la sencillez de la tra- ación, uno de los puntos que distinguen nuestro derecho procesal, y lo en á nuestro juicio, superior, y por tanto, preferible al complicado, largo ispendioso de muchos otros Códigos modernos.

emisión del expediente. Admitida la apelación en ambos efectso, se remiten autos al Tribunal de alzada dentro del tercero día, si aquel se halla en el no lugar del juicio; diligencia que se practica por medio del alguacil, quien firmar en el libro de conocimientos, al Secretario del Tribunal Superior,

Digitized by Google

el recibo del expediente, conforme á su carátula, con expresión del número de sus piezas y de sus folios. Si el Tribunal de alzada reside en otro lugar distinto, se hace la remisión por el primer correo que salga despues de trasurridos dichos tres días, con oficio en que se determina el expediente, sus piezas y folios, y del cual ha de acusarse recibo.

Si la apelación ha sido oída en solo un efecto, no se remite al Tribunal de alzada el expediente original, sino copia autorizada de las actas conducentes, indicadas por el apelante y el Juez, á las cuales puede la otra parte pedir se agreguen en la copia, otras actas que juzgue necesarias, costeando élla el gasto de la agregación. Mas siempre que no haya necesidad de conservar los autos originales en el Tribunal inferior, para continuar procediendo, se remitirán éllos, y nó copia, para evitar así dilaciones y gastos innecesarios.

La remisión, sea de la copia, sea del expediente original, se hará de la manera expresada en el párrafo anterior, por medio del alguacil ó la posta, según el caso. Hacer tal envío valiendose de la parte interesada, no es legal, y es ocasionado á abusos, por extravíos ú ocultación, que pueden dar lugar á reclamaciones y entorpecimientos.

El curso posterior ante el Tribunal de alzada, es tambien sencillo, como lo verémos á su tiempo.

Efectos de la alzada sobre el procedimiento. Los artículos 195 y 196 se refieren á los efectos de la apelación, en el procedimiento. Sus disposiciones son la consecuencia jurídica del hecho de oír la apelación. Si lo ha sido libremente, como queda devuelta ó transferida la jurisdicción al Juez *ad quem*, y en suspenso la del Juez *á quo*, claro es que éste carece ya de poder para seguir conociendo y librar providencias en la materia controvertida y decidirla.

Si había sido negada la apelación ú oída solo en un efecto, y en virtud de un recurso de hecho, el Superior ordenó oírla libremente, se está en el caso anterior; y es también lógico, por lo mismo, que las providencias que hubiere dictado el Juez inferior en el intermedio, partiendo de su creencia de ser legal la negativa ó la limitación de la alzada, adolezcan del vicio de falta de poder en quien las dictó, desde que el Superior mandó oír la apelación en ambos efectos.

Materia del litigio. Pero obsérvese que la ley no habla en absoluto, y solo se refiere á providencia que directa ó indirectamente, pueda producir innovación en lo que es materia del litigio. La materia del litigio es lo que constituye el fondo del asunto, el fondo de la discusión, sobre el cual ha decidido el inferior, y sobre el cual el Superior ha de dar su sentencia. Preciso, es pues, que la materia se conserve íntegra mientras esté pendiente el recurso. Si le ocurre á un demandado á quien se pide la devolución de una casa, solicitar del inferior, después de su sentencia, que le autorice para demolerla ¿como ha de poder hacerlo, sin alterar esencialmente la situación de las cosas y del pleito mismo? ¿Si se discutiera el derecho de paso por una propiedad de tercero, y en las circunstancias que suponemos, pidiera al inferior el interesado que lo pretende, alegando la urgente necesidad de pasar una máquina, que le autorizara para abrir una pica y llevar un objeto, como permitir al Juez tal concesión, cuando con ello altera la situación del pleito?

¿Puede conservar íntegra la materia? ¿Pero no podría librar el inferior, aun despues de oida la apelación, alguna providencia que tendiese solo á no permitir la alteración de las cosas, por ejemplo: en un interdicto de amparo, hacer efectiva la multa é intimarle su deber de abstención, al que continuó perturbando despues de la sentencia; ó bien en un juicio de deslinde hacer respetar la línea provisional que fijó el Juez en su oportunidad, por el litigante que la ha traspasado después de la senteucia? Creemos que sí, instruyendo las correspondientes diligencias por separado, ya por los mismos términos del artículo que limita la prohibición á innovar directamente ó indirectamente la materia

Digitized by Google

del litigio, de suerte que quiere que no se innove, que es lo que ordena el inferior en tales ejemplos; ya por que aunque al Superior, por medio de su presidente, toca sustanciar las incidencias que surjan en esa segunda instancia, no puede privar al inferior de esa facultad que le deja el mismo artículo; y ya en fin por que la materia de tales incidentes á que los ejemplos se refieren, son esencialmente de competencia de primera instancia. Obra por separado, nó en el expediente, que envía sin innovación.

Acaso piense alguno que fuera mejor práctica ocurrir al Tribunal de alzada, en los casos expuestos, para que instruido del incidente, ordene ó dé comisión al inferior para proceder en ellos. Puede que sea; pero si el inferior obra á petición de parte, no creemos que puede tacharse de ilegal su proceder en diligencias separadas.

Salva del artículo. Ley española. Salvo disposición especial, agrega el artículo ¿Cual es esa salva, ó cuales son las excepciones á que él se refiere? El artículo 390 de la Ley de enjuiciamiento española dá al Juez facultad para seguir conociendo, en los casos siguientes: 1° de los incidentes que se sustancien en pieza separada, formada antes de admitir la apelación: 2° de todo lo que se refiera á la administración, custodia y conservación de bienes embargados ó intervenidos judicialmente, siempre que la apelación no versare sobre alguno de estos puntos: 3° de todo lo relativo á la seguridad y depósito de las personas.

Muy justificadas y dignas de aplauso encuentranlos expositores españoles esas excepciones, encaminadas á impedir los gravísimos daños que puedan acarrear la falta de oportunas providencias para la seguridad y protección de las personas y de las cosas. Y nosotros nos asociamos á los expositores en su juicio y en su aplauso.

Veamos nuestro derecho.

El artículos 366 de este Código que estudiamos, permite pedir y acordar, en cualquier *estado* y *grado* de la causa, la prohibición de enagenar lo litigioso, el secuestro y el arraigo. Según él, tales medidas podrían pedirse, después de oída la apelación, ante el Tribunal de alzada. Luego el artículo 379 declara que ni la articulación de secuestro ó arraigo ni la que origina la reclamación de tercero, suspenden el curso de la demanda principal, á la que se agregará el cuaderno separado de aquéllas, cuando se hayan terminado. Y en fin, el artículo 381 dispone que: «Si sentenciada en definitiva la causa no se hubiere decidido todavía la articulación sobre secuestro ó arraigo, el Juez ante quien se promovió *continuará* conociendo de ella, *aunque haya admitido* antes apelación en ambos efectos, ó recurso de casación de la sentencia definitiva.» La excepción es, pues, terminante, y no puede dar lugar á duda.

Artículo 371. Caso 6º Pero merece la pena de que nos detengamos á considerar especialmente el casa 6º del artículo 371 sobre secuestro. Dice así: «De la cosa litigiosa, cuando dada sentencia definitiva contra el poseedor de ella, éste apele sin dar fianza para responder de la misma cosa y sus frutos aunque sea inmueble.» Si antes de oir la apelación, pero ya interpuesta sin dar fianza, la otra parte promueve el secuestro, claro es que se estará en el mismo caso de la excepción indicada en el párrafo precedente; tiene que seguir conociendo en cuaderno separado. Pero si, puesta la apelación sin fianza, el Juez la oye, ¿podrá la otra parte promover la articulación ante el Juez inferior, ó tendrá que ir á hacerlo ante el de alzada? Creemos que puede pedir el cumplimiento de la condición impuesta por la ley al apelante al alzarse, de dar fianza, y la consecuencia de su falta, que es el secuestro. Desde que la ley le exige la fianza al apelar, es deber que debe cumplir en el acto, allí ante el Tribunal mismo; y su contrario no tiene obligación de esperar ni exponerse á contingencias futuras. Es deber de presente, que no ha debido diferir, y cuyo no cumplimiento no le puede hacer de mejor condición, obteniendo una prórroga de hecho, que nadie le ha concedido. Dá la fianza ó

Digitized by Google

se acuerda el secuestro, para que no se burlen la ley y el derecho ageno. Por supuesto que, si el expediente ha subido sin promoverse la incidencia, podrá entonces hacerse ante el superior.

Medidas de seguridad. ¿Y qué diremos de las medidas de seguridad y conservación de las personas y de las cosas embargadas? Ya expusimos arriba que la prohibición al Juez inferior se limita á providencia que directa ó indirectamente pueda producir innovación en lo que es materia del litigio; y eso es lo jurídico. Por consiguiente, cualquiera otra providencia que no esté comprendida en ese principio, y con mayor razón las que conspiren al mismo fin de la ley impidiendo la innovación, son de la esfera del Juez inferior, aun oída la apelación. Natural es también que así sea: es el Juez del debate y el que crea el proceso. ¿Por qué negarle su jurisdicción ordinaria en puntos que no alteran lo juzgado ni dañan el curso de la apelación, y más bien pueden entorpecer al Juez de alzada? Son como puntos nuevos que requieren examen y decisión aparte, por más que se relacionen con el pleito princial, en aquello de referirse á alguna de las partes ó á las cosas, solo para proveer á su seguridad y conservación, y que á veces pueden tener el carácter de urgentes. Muere el depositario de una mujer casada, nombrado en un juicio de divorcio, y es preciso el nombramiento inmediato de quien lo sustituya: se ausenta por largo tiempo el depositario de una finca embargada que requiere trabajos y fondos inmediatos para su cosecha ¿por qué no ha de poder proveer el Juez que conoció en primera instancia, si con ello no altera el curso de la causa principal, y concurre á un fin legítimo de la justicia? Tendrá sí que formar una nueva pieza de expediente, que enviará á su conclusión, para ser reunida al principal en el Tribunal donde se halle, y aun quizás que oir alguna nueva apelación. Nada hay de extraño ni de antijurídico en eso.

Caso del artículo 196. Verdad es que el 196 que sigue al que estudiamos, dice: «Si por no haber admitido la apelación ó por haberla admitido en un solo efecto, el Juez inferior ha dictado *providencias*, *éstas* quedarán sin efecto, si el superior ha ordenado que se oiga la apelación en ambos efectos.» Sí, en el mismo expediente y para continuar en lo principal; pero nó en lo que no innove aquel y es distinto; por no poder suponer al legislador incurriendo en una flagrante contradicción ó inconsecuencia, y menos en dos artículos seguidos. Si en el primero no prohibió *toda* providencia, sino las de cierto carácter, natural es que en el segundo al hablar de providencias se entiendan las de ese mismo carácter; y así quedan conciliadas las dos disposiciones. Fuera de que es de suponer que esas providencias de que sospecha el legislador para privarlas de efectos, sean las encaminadas á ejecutar su fallo, cuya apelación se mandó después oir en ambos efectos; y las cuales se dictan en el mismo expediente, y no en cuadernos separados mientras no se libre mandamiento de ejecución. Entendidas las cosas como venimos explicando, se evitan conflictos que de otro modo complicarían el procedimiento.

Ocupémonos ahora de un caso que ocurre con frecuencia en la práctica, y que puede ocasionar entorpecimiento y disputas. A veces el que ha apelado de una decisión interlocutoria y le ha sido oída la alzada en un solo efecto, no se cuida de activar su recurso ante el Superior; y como el expediente principal ha seguido su marcha y llega al estado de sentencia, sin que tal recurso haya sido decidido, ha asomado el apelante moroso la pretensión de que la causa no se sentencie mientras no llegue aquella decisión, á lo cual se ha opuesto su contrario: ¿Qué debe resolverse en tales circunstancias? Para nosotros es claro que la pretensión es infundada, y que debe procederse á la vista y sentencia de la causa; porque la consecuencia legal de la apelación oída en un solo efecto, es precisamente no suspender el curso de la causa; y sería contrariar la doctrina de la ley, obrar de otro modo.

Después de la sentencia definitiva al ir, si así sucede, el expediente principal al Superior, puede el interesado pedir que á él se acumule la apelación

Digitized by Google

incidental pendiente; y como el Superior tiene competencia en ambas apelaciones, tomará en consideración la materia de la interlocutoria, en cuanto pueda influir en la definitiva, y podrá abrazarlas en un mismo fallo. Y si por no haberse apelado de la definitiva de primera instancia, no subiere el expediente, quedando aquella ejecutoriada, carece ya de objeto la decisión de la incidencia.

Art. 197. De las sentencias interlocutorias ó definitivas, dictadas en segunda instancia, se puede apelar dentro del término de cinco días, sólo respecto de aquellos puntos en que difieren de la de primera instancia.

La sentencia de tercera instancia quedará en todo caso ejecutoriada.

ESTUDIO 66.

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—El articulo copiado es el 138 del Código de 1880, sin el aparte, y 136 del de 1873, también sin el aparte. La Ley única, Título IV del Código de 1838 en su artículo 10 declara explícitamente ejecutoriada la sentencia de segunda instancia que es conforme con la de primera: en el 11 manda admitir apelación de la sentencia de segunda que no es conforme con la de primera, sin poner ninguna restricción, sino en el término para apelar, y en el 12 explica que cuando la sentencia de segunda, siendo conforme con la de primera instancia en lo principal, no lo fuere en cuanto á costas, la apelación á tercera se limita á este punto, quedando ejecutoriada en lo principal.

La ley de Colombia de 1825 sobre procedimiento, en su artículo 108 admite apelación para tercera instancia en Sala de tres ministros, de la sentencia de segunda, revocatoria de la de primera; y en su artículo 109 declara no haber otro recurso que el de nulidad, para la Corte en Sala de cuatro ministros, si la sentencia de segunda es conforme, de toda conformidad con la de primera.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 25 tit. 22 Part. 3ª* «Dos veses se puede ome alçar de un mismo juyzio que sea dado contra él en razón de alguna cosa ó de algún fecho: mas si despues fueren confirmados los dos juyzios por el judgador del alçada, non se puede alçar la tercera vegada la parte contra quien fue la sentencia. Ca tenemos que el pleyto que es judgado e esmerado por tres sentencias, es derecho; e que grave cosa sería aver á esperar sobre una misma cosa la quarta sentencia. Mas si por aventura el Juez del alçada revocase los dos juyzios primeros diciendo que non fueran dados derechamente, entonces bien se puede alçar la parte contra quien revocassen los juyzios.»

Lei 2 tit. 21 lib. 11 Nov. Recop. «Ordenamos y mandamos que de aquí adelante todos los pleytos que vinieren de grado en grado, de dos sentencias dadas por los inferiores confirmatorias, ante nuestros oidores, en los cuales dieren y pronunciaren sentencia confirmatoria de las que así vienen ante ellos de grado en grado, que de las tales sentencias no haya más alzada de revista, ni suplicaciones para ante nos ni para ante los dichos nuestros oidores; pero que si los dichos Oidores dieren sentencia en los casos sobre dichos, en

Digitized by Google

que revocaren todas las sentencias pasadas ó alguna dellas . . . , los Oidores tornen á rever el dicho pleyto . . . . . »

DERECHO ROMANO.—« Ex constitutione Theodosii et Arcadii qui genuino juditio erat victus (puta prætoris et præfecti urbi) amplius provocare non poterat. *L. 1 Cod. Theod. 11. 38 de poses ab eo qui bis provocav.* »

« Ex constitutione autem Justiniani, bis, non etiam ter, provocare licet. *L. un. Cod. 7, 70 ne biceat in una etc.* »

Según la constitución de Teodosio y Arcadio, el que ha sucumbido en dos fallos [por ejemplo del pretor y del prefecto de la ciudad] no podía apelar más.

Según una constitución de Justiniano, podía apelar dos, pero no tres veces.

EXPLICACIONES.

Apelación en segunda instancia. El artículo 197 dá la regla general respecto de las apelaciones de las sentencias libradas en segunda instancia, estableciendo que de las definitivas ó interlocutorias dictadas en esa instancia, solo puede apelarse dentro de cinco días, de aquellos puntos en que difieren de la de primera. Así, se fija el mismo lapso de cinco días para la alzada, se niega el recurso cuando las dos sentencias son conformes, y se concede únicamente cuando la de segunda es revotaria, defiriendo de la primera en el todo, ó reformatoria en algunos puntos, caso en que la apelación se limita á los puntos en que difieren. Ya el legislador en los Preliminares, artículo 31, dejó establecido esto: « Si la sentencia de segunda instancia fuere conforme de toda conformidad en el fondo con la de primera, no habrá lugar á tercera, á menos que difirieren en materia de costas. En ningún caso habrá lugar á cuarta instancia. » Están, pues, acordes las dos disposiciones, en la esencia.

Condenatorias en cantidades. Pero no puede deducirse de ello, á nuestro juicio, que aun en los asuntos que versan sobre cantidades, se atienda solo al valor de la condenatoria de uno y otro fallo, para tener como ejecutoriado el de segunda que fijó una cantidad menor, cuando el primero la había establecido mayor; como por ejemplo, si el primero condenó en mil, y el segundo en solo quinientos, deducir que están desechados los otros quinientos, porque están de acuerdo en solo quinientos. La divergencia puede consistir no tanto en la cantidad, como en la naturaleza del derecho mismo, lo cual no puede desatenderse. Supóngase que la demanda de los mil sea atribuyendo el caracter de deudor solidario al demandado, y que en tal concepto se le condene al pago en primera instancia. Si la de segunda, considerando la obligación nó solidaria sino simplemente mancomunada, condena en quinientos, no hay ejecutorias por quinientos para el demandante; porque en verdad las dos sentencias difieren totalmente en lo esencial, y puede sostener en tecera la solidaridad en el todo. Lo mismo ha de decirse, en nuestro concepto de la obligación indivisible, cuando se controvierte la misma indivisibilibad, y en consecuencia del modo opuesto de resolver este punto los dos fallos, resultan condenatorios en cantidades diferentes. Nótese que la regla dada en el artículo se refiere á los *puntos* de divergencia; por lo cual, solo cuando no lo haya en la naturaleza de la obligación misma, y difieran solo en el quantum de su montamiento, podrá decirse que queda ejecutoriada para una de las partes la decisión en la cantidad menor. Recordamos que en tiempo de la vigencia de las leyes españolas que dividían, como la romana, la servidumbre de paso, en senda, carrera y camino, hubo grave discusión sobre si acordada senda en la primera instancia, y carrera en la segunda, había ejecutoria en cuanto á senda, menor que carrera, y quedaba negado el derecho á camino, y limitada la discusión en tercera á si debía ser senda ó carrera. No recordamos si la cuestión fué resuelta y cómo, ó si hubo alguna transacción;

Digitized by Google

pero habíamos opinado contra la pretendida ejecutoria, atendido que había divergencia esencial entre las dos sentencias, porque la diferencia entre aquellas tres especies de paso, no consistía solo en su anchura de dos, cuatro y ocho pies, sino en los medios de trasportes y de cosas trasportables que daban derecho á usar, lo cual constituía verdaderamente derechos distintos.

Recurso de hecho en segunda instancia. Nada dice el artículo ni ningún otro del Título, sobre los efectos en que deben oirse las apelaciones en segunda instancia, ni sobre el uso del recurso de hecho, caso de no oirse el recurso, ú oirse en solo un efecto. Pero como las reglas de los artículos anteriores, que hemos estudiado, tienen el caracter de generales, como lo advertimos, no es dudoso el uso de dicho recurso de hecho, en sus casos, en cuanto á la segunda instancia.

No hay cuarta instancia. En todo caso, dice, el aparte del artículo, la sentencia de tercera instancia quedará ejecutoriada, ó como dijo el artículo 31 en ningún caso habrá lugar á cuarta instancia. A muchos parecerá demasiado el número de tres instancias, sobre todo, después de instituida la Casación; y la Comisión Revisora estuvo á punto de reducirlo á dos. Pero se abstuvo de hacerlo en atención al trastorno que en un mismo momento iba á producirse en la organización de los Tribunales en todos los Estados, y á las dificultades que pudieran nacer de esas disposiciones constitucionales sobre modo y época de elección.

Art. 198. La parte que sólo se adhiriere á la apelación, no podrá continuar el recurso, si la que ha apelado desiste de él, aunque su adhesión haya tenido por objeto un punto diferente del que lo fué de la apelación, ó aun opuesto á él.

ESTUDIO 67.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Este artículo es igual al 139 del Código de 1880, y al 137 del de 1873; tomados del artículo 25, de la Ley única, Tit. XI del Código de 1838, que no tenía las últimas palabras *ó aun opuesto á él*

No hemos encontrado en el derecho español ni en el derecho romano ninguna disposición legal sobre el asunto; pero creemos útil conocer *la Ley 39, Cód. jurid. de appell.*, que dice así: «Ampliores providentiam subjectis conferentes, quam forsitam ipsi vigilantes inveniunt, antiquam observationem enmendamus; cum in apellationem auditoris is solus post sententiam judicis emendationem meruerat, qui ad provocationem convalasset auxilium: altera parte, quæ hoc non fecisset, sententiam sequi (qualiscumque fuisset) compellenda, sancimus itaque, si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis sue proposuerit, habere licentiam, et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit si prœsto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri præsidium. Si autem absens fuerit; nihilominus judicen per suum vigorunt ejus partes adimplere.

Traducción.

Más cuidadoso que nuestros súbditos mismos cuanto á sus intereses, hemos creido deber corregir en su provecho un uso observado hasta hoy, consistente en que en las apelaciones el solo apelante tenía derecho á hacer corregir la sentencia, mientras que su adversario que no había apelado, estaba obligado á observarla, cualquiera que fuese su tenor. Por lo cual ordenamos que

Digitized by Google

una vez llevado al juez de alzada el negocio por el apelante, pueda su adversario, después que aquél haya expuesto sus motivos de apelación, combatir, si lo hace á tiempo, la sentencia aunque él no la haya apelado, y obtener las conclusiones si el juez las encuentra conformes á las leyes y á la justicia. Si la parte no apelante se encuentra ausente, el juez debe, sin embargo velar por sus intereses.

EXPLICACIONES.

Qué dice el artículo? La disposición aislada que vamos á estudiar, sin ninguna que la preceda ó la siga, y sin explicación en sí misma, que la haga perfectamente comprensible, nos pone en el caso de hacer un estudio especial, detenido y meditado, para procurar desentrañar el verdadero propósito, y la racional extensión del precepto legal. Considerado el artículo en sí mismo, qué sacamos de él? Que él supone que una de las partes apeló la sentencia librada, y por tanto que se creyó agraviada por élla; que la otra parte se adhiere á esa apelación, y por lo mismo que también en algo se siente agraviada, pero no lo bastante para decidirse á apelar, limitándose á agregarse á la obra de combatir en ese algo, la sentencia; y que esa adhesión queda subordinada á la continuación ó nó de la apelación por parte del apelante; de suerte que si éste desiste, el adherido no puede continuar la apelación. Nada más. Pero es ese un verdadero recurso? Parece que nó, pues que queda sujeto á la acción de la otra parte. Es entonces un simple derecho ó una simple facultad? Así parece; pero sin decirnos hasta dónde se extiende, y cuándo y cómo deba ejercitarse. Ante el silencio de la ley, no queda otro arbitrio que ocurrir á los prácticos antiguos y modernos, para esclarecer el asunto.

Doctrina española sobre adhesión. ¿Cómo han entendido y cómo entienden los españoles la adhesión á la apelación? Dejemos hablar al ilustrado *Caravantes* acerca de élla, tratando en su libro 3º *de los recursos contra las providencias judiciales.* Refiriéndose al escrito de contestación, al de agravios que ha de presentar el apelante ante el Juez de la alzada, dice, que por último el apelado ha de adherirse en él á la apelación, en los extremos en que crea perjudicarle la sentencia; agregando: *ni antes ni después podrá usar de este remedio.* Y luego continúa así:

«Esta disposición es conforme con la jurisprudencia anterior, según se ve por la doctrina siguiente que tomamos de nuestros principales autores prácticos, y en especial del *señor Conde de la Cañada.*»

«El remedio de la adhesión á la apelación (según se llama en el lenguaje «forense) fue desconocido en el antiguo derecho romano. La razón no pudo «ser otra, sino que el que no apela de la sentencia, aun cuando lo hace la «parte contraria, la aprueba y ratifica, y no puede venir contra su propio he«cho, impugnándola en el tribunal del Juez Superior: debe, pues, limitarse, «si ha de ser consiguiente, á pedir su confirmación. Justiniano por su ley 39 «*(Cód. de appell.)* enmendó en este punto la antigua legislación, permitiendo «á la parte que no apeló, que, á consecuencia de la apelación contraria, pudiese «pedir al tribunal Superior que se reformara la sentencia del inferior en lo «que la considerase gravosa y perjudicial.»

«Así, la adhesión puede definirse con el señor *Suárez de Figueroa*, en su «Tratado *de jure adherendi, cap. 3, nº 7.—un remedio subsidiario á causa de haberse «omitido la apelación, por el que consigue el que se adhiere á la apelación contraria, «lo mismo que conseguiría si por su parte hubiese apelado*—por manera que el que «apela y el que se adhiere son de una misma condición, como si los dos hu«bieran apelado.»

«En la citada ley romana no se encuentra la tal voz de *adherirse;* y á «decir verdad hay impropiedad de lenguaje en usarla, pues que comunmente «y según nuestro Diccionario, significa todo lo contrario de lo que se le hace

Digitized by Google

«significar en el Foro. Pero lo cierto es que el apelante y el que se adhiere «convienen en el intento y pensamiento de mejorar sus derechos ante el Supe«rior, y que la adhesión surte en favor del adherido, los efectos de verdadera «apelación.»

«No se halla ley alguna entre las del Reino que renueve ni autorice en «forma de ley la mencionada del Emperador Justiniano, ni la citan los au«tores que tratan de intento de su inteligencia; pero está recibido este remedio «por la práctica general y constante de los tribunales.»

«La adhesión no puede tener lugar, ni es necesaria, cuando el juicio y la sen«tencia dada sobre él, contienen un solo artículo: en tal caso, si la parte vencida «apela de ella, el vencedor satisface todos sus oficios pidiendo simplemente la con«firmación: y lo mismo ha de decirse cuando los capítulos de la sentencia tie«nen relación y conexión precisa por el orden y dependencia respectiva, pues «aunque sean muchos, vienen á formar uno solo. Queda, pues, reducido este re«medio al caso en que la sentencia contiene diversos capítulos sin tal cone«xión y dependencia.»

«Cierto es que la omisión de no apelar induce una aprobación y consenti«miento de lo juzgado; que parece cosa indigna y torpe impugnar y reclamar «sus propios hechos, diciendo que la sentencia es injusta y perjudicial en «alguna parte; que esta aprobación y consentimiento son tan eficaces que lle«van la sentencia á cosa juzgada, y se procede á su ajecución en la parte que «no es apelable la sentencia; que la apelación es limitada al gravamen que se «siente y motiva; pero concurren otros fundamentos más superiores para justi«ficar el remedio de la adhesión.»

«La parte que no apela de la sentencia en algún artículo que la perjudica, «se acerca más al espíritu de las leyes que desean la brevedad y fenecimiento «de los pleitos, pues, en cuanto á sí toca, ha contribuido á que se logren estos «fines con el hecho de no apelar, prefiriendo pasar por el daño que le causa la «sentencia, á continuar el pleito con gran perjuicio de la causa pública.»

«Estas loables intensiones quedan frustradas por la apelación de la parte «contraria; y no parece justo por lo mismo, hacerla de mejor condición que «á la bien intencionada.»

«La aprobación que se induce del hecho de no apelar, no pasa de una pre«suncion: el consentimiento no fué absoluto y expresivo, ni determinado á reco«nocer la justicia de la sentencia; tuvo por causa y objeto evitar mayores gas«tos y dilaciones, acabándose el pleito con aquella sentencia; faltó por la apela«ción contraria, esta condición ínsita y natural; justo es, pues, en estas circuns«tancias, que la parte que cayó quede, por la adhesión, en aptitudes de gozar «de las mismas ventajas que la apelación.»

«Si en el caso propuesto de ser la sentencia en parte favorable y en parte ad«versa, sobre diversos capítulos, no fuere recíproca la esperanza de mejorar su «justicia en la segunda instancia, se multiplicarían al infinito las apelaciones; «pues desde luego se prepararía cada parte con su respectiva apelación, en to«do lo que la sentencia le fuese desfavorable; y á más que en este juicio de ape«lación, y en todos, es muy recomendable la equidad y justicia entre las par« y por esto en la *L. 11 Cod. quando provocare non est necsese* se dispone que « Juez condenó á la parte en todo lo principal que fué deducido en la de« da, pero nó en las costas y perjuicios, apelando la parte condenada, pero « a otra, de la omisión de costas, todavía el juez Superior, puede y debe « denarla en ellas, si lo estimare justo.»

l señor Conde de la Cañada examina tambien la opinión de aquellos au- t que, para dar lugar al remedio de la adhesión, distinguen de fórmulas en el n o de concebir la apelación, de este modo: si la parte que recibió a rio en uno ó más capítulos, y en otros obtuvo sentencia favorable,

Digitized by Google

apeló sencillamente sin moderación ni restricción alguna, en cuyo caso admiten el remedio subsidiario de la adhesión á la apelación; pero la niegan cuando se apela con limitación á los capítulos que fueron contrarios en la sentencia; consintiendo en las favorables. El mencionado autor rebate esta opinión, lata y fundadamente demostrando que en ambos á dos casos debe tener lugar el remedio; y su opinión es la admitida uniforme y generalmente en la práctica.»

« Contienden también los autores sobre si procederá el remedio de la adhesión, cuando el que apeló desiste de su recurso . . . . . »

«El escrito en que el apelado se adhiere á la apelación se llamaba en la angua práctica *escritos de agriavios medio*, por suponer en él que se le habían causado también agravios en parte.»

Resúmen de la práctica española. Resumamos lo sustancial de lo que dejamos copiado, como doctrina y prácticas del Foro español, antiguo y moderno.

En lo antiguo era corriente el remedio de la adhesión á la apelación, por parte de aquel que, aun sintiéndose agraviado, no había apelado, haciéndolo únicamente su contrario ; pero tenía que hacer uso de tal remedio en el Tribunal de alzada, por un escrito que venía á surtir los efectos de una verdadera apelación para mejorar sus derechos ante el Superior.

En lo moderno, el apelante presenta al Juez de alzada su escrito de agravios, y el no apelante ha de dar tambien por escrito su contestación, adhiriéndose en él á la apelación contraria, en los extremos que crea perjudicarle la sentencia; sin poder usar tal remedio ni antes ni después.

Según tales doctrinas no podía ni puede darse por ejecutoriada la sentencia en el todo contra el no-apelante á quien la sentencia haya agraviado en algo, sino despues de la oportunidad de adherirse á la apelación del contrario si nó lo hace entonces.

Doctrina nuestra. ¿Ahora, qué doctrina podrémos establecer acerca de la adhesión, en vista de nuestro artículo, y de su falta de reglamentación ó explicaciones?

Nuestra apelación, no es como en España y otros países, una especie de segundo juicio ante el Superior, con término fijo para mejorarlo y prepararlo con los correspondientes escritos, y aun probanza. Es entre nosotros un simple recurso, que se resuelve solo con el expediente formando ante el inferior, que se fija para vista, se hace relación y se hacen informes por una y otra parte; siendo esa la oportunidad de combatir y defender el fallo apelado.

Según nuestro artículo, es preciso adherirse á la apelación, pues que él dice, *la parte que se adhiere.* Pero cuándo? Dos sistemas se presentan respecto de este punto. Según el uno, que es el generalmente seguido y practicado, debe hacerse la adhesión en el mismo término de cinco días dado para apelar.

Sostiénese ese primer sistema por los siguientes fundamentos: 1º Porque siendo un remedio subsidiario para que surta efecto de apelación, no es jurídico concederle un lapso mayor que para el principal, ó sea para la apelación misma: 2º Por que es contrario á la lealtad que debe presidir en los debates judiciales que á una parte se autorice para conservar *in pectore* un remedio, y hecer uso de él á última hora, en los informes, sin haber dado tiempo á su contrario para prepararse y defenderse: 3º Porque pudiendo haber apelado ó adherídose y no habiéndolo hecho, su silencio debe traducirse por convenio ó asentimiento en lo sentenciado; y 4º Porque no es justo ni equitativo hacer de igual condición al que apeló, que al que guardó silencio cuando debió hablar.

El segundo sistema, sostenido por nuestro ilustrado y muy sentido compañero Doctor Cadenas y otros, tiene en su favor: 1° Que no habiendo fijado la ley el término de la apelación, para adherirse, es una arbitrariedad

Digitized by Google

reducir el remedio á tal lapso: 2° Que adoptado como ha sido ese remedio, que viene de atrás, sin modificación, es natural tomarlo como era; y es desnaturalizarlo el hacer que se anuncie ante el tribunal inferior cuando siempre lo ha sido ante el Superior: 3°. Que no habiendo, según nuestro sistema, otra oportunidad para exponer los agravios y combatir la sentencia, que los informes, ante el Superior, no puede ser sino entonces que debe hacerse la adhesión: 4° Que el no apelante, desde que no apeló apesar de sentirse agraviado, quiso buscar con tal conducta que su adversario no lo hiciese tampoco, para que terminase el pleito; y yendo forzado á segunda instancia por causa de la apelación contraria, es por lo menos equitativo oirle sus agravios también, sobre todo cuando hay un debate libre ante el Superior, con derecho á réplica y contrarréplica; y 5° Que desde que hay agravios para el no apelante, y más si son con ofensa de la ley, no es justo darle por consentido en la sentencia de primera, cediendo á una presunción que no es de carácter absoluto.

Atendida la fuerza de ambas argumentaciones, bien puede ser sostenido uno ú otro sistema, mientras una jurisprudencia concienzuda, fruto de un estudio profundo, no fije definitivamente el punto.

Referencia á los artículos 30 y 31. Y aquí es oportuno recordar, y referir al lector, á lo que expusimos al estudiar los artículos 30 y 31 de los Preliminares respecto de los efectos de la no apelación de una parte, cuando el asunto va al Superior por apelación del contrario, en casos como el de solidaridad, indivisibilidad de la obligación, mala aplicación de una ley citada como aplicable, y otros de esa índole, en que el Superior puede y debe favorecer aun al que no apeló, en fuerza de las mismas circunstancias que no le permiten hacer una diferencia ó división imposible é ilegal.

En fin, para que haya adhesión debe haber apelación; y si se desiste de ésta, desaparece aquélla.

Art. 199. Pueden apelar de la sentencia definitiva no sólo las partes, sino todo el que por tener interés inmediato en lo que es objeto ó materia del juicio, sea perjudicado por la decisión, bien porque pueda hacerse ejecutoria contra él mismo, bien porque haga nugatorio su derecho, ó lo menoscabe ó desmejore.

ESTUDIO 68.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Ese artículo era el 140 del Código de 1880, que decía así: «Puede apelar de una sentencia todo aquel á quien perjudique.» En esos mismos términos estaba concebido el 138 del de 1873.

Derecho Español.—*Ley 4, tit. 23, Part. 3ª* «Tomar pueden el alçada non tan solamente los que son señores de los pleytos ó sus personeros, quando fi e dado juyzio contra ellos, assí como mostramos; mas aun todos los o s á quien pertenece la pro ó el daño que viniesse de aquel juyzio. E e seria como si fuesse dada sentencia contra alguno sobre cosa que oviesse c iprado de otro, é non se alçasse, dezimos que el vendedor se puede alçar d aquel juyzio, porque es tenudo de fazer sana la cosa que vendió. Esso m no dezimos, que si el vendedor fuesse vencido sobre aquella cosa que v lió, que el comprador se puede alçar de aquel juyzio si se quisiere. E d las dezimos que si el vendedor contra quien es dado juyzio, se alçasse e si el alçada, si el comprador sospechase del, que non anda en su

Digitized by Google

pleyto derechamente, e lo dixesse al judgador del alçada, non debe andar por el pleyto adelante á menos de ser y el comprador, que vea e razones su derecho en el pleyto. Otrosi dezimos que si fuere dado juyzio contra algun debdor sobre cosas que él habia empeñado a otro, si se non alçare del, que se puede alçar aquel que los tiene a peños e si el empeñador tomasse alçda e aquel que las tiene a peños sospechasse que el debdor non andaria derechamente en el pleyto, puede él mismo razonar e seguir aquella alçada, bien como si él mismo se oviesse alçado. Pero si el debdor anduviesse en su cabo a pleyto con otro, en razon de aquellas cosas que empeñara, e fuese vencido, non lo sabiendo aquel que las tiene en peños, tal juyzio como este non le empece, maguer el alçada non fuesse tomada sobre él. Otrosi dezimos que el fiador se puede alçar del juyzio que fuere dado contra aquel que fiara, en razon de la debda, ó de la cosa sobre que fizo la fiadura. E a un dezimos, que si alguno fuesse vencido por juyzio de alguna cosa que oviesse comprada, de aquel que oviesse dado fiador el que gela vendiera, este que fió se pueda alçar maguer que el comprador e el vendedor otorgassen el juyzio.»

Ley 5ª tit. 23, Part. 3ª «Acaesciendo que diessen sentencia sobre alguna cosa que fuesse mueble ó raiz, que perteneciesse á muchos comunalmente, si alguno dellos se alçó de aquel juyzio, e siguió el alçada, de manera que venció, non tan solamente fase pro a él, mas aun a sus compañeros, bien assí como si todos oviessen tomado el alzada e seguido el pleyto. Mas si non fuesse tal sentencia desatada por manera de alçada, mas porque era el uno menor e que pidió restitución, entonce non les tenia pro á los otros el juyzio que tal como este oviesse vencido; e por ende finca la sentencia firme contra aquellos que non se alçaron. Otrosi dezimos que si el juyzio fuesse dado sobre servidumbres que oviesse una casa en otra, ó un campo en otro, ó alguno de aquellos á quien perteneciesse comunalmente aquella servidumbre tomasse alçada del, aprovecharse y an della los otros, bien assí como si se oviessen alçado; fueras ende si aquella servidumbre era usufructo de alguna cosa que muchos devian aver en toda su vida ó a tiempo cierto. Ca si juyzio fuesse dado sobrella, el alçada que tomasse el uno non tiene pro á los otros que no se alçassen. E aun dezimos que quando son muchos guardadores de un huérfano que mueven algun pleyto por él, que el alçada que tomare el uno faze pro al otro bien assí como si se oviesse alçado. E esto se entiende quando todos se entremeten en demandar e procurar los bienes del huérfano. Mas aquel que non se trabajasse deste, del juyzio que fuere dado contra su compañero que se trabajaba dello, non se podria alçar; e maguer se alçase non tenia pro al otro que non oviesse tomado el alçada.»

Ley 7. dichos títulos y Part. «Fazen sus testamentos los omes, en que dejan mandas, e establecen sus herederos, e departen sus bienes segun alvedrío de su voluntad; e acaece que despues que es finado el testador, los parientes del, mueven pleyto contra los herederos ó contra aquel testamento, diciendo que non deve valer porque non es fecho segun ley e segun derecho. Onde dezimos que si en razon de tal contienda como esta fuere dado juyzio contra los herederos e non se alçaron del que los otros á que fué algo mandado en el testamento, pueden tomar alçada e seguirla: porque si el testamento fuesse desfecho por razon de aquel juyzio que era dado contra los herederos, non serian valederas las mandas que fuessen puestas en él, assí como mostramos en el título de los testamentos. Otrosí dezimos que si los herederos se alçasen de aquel juyzio, que aquellos á quien fué mandado algo en el testamento, pueden ser con los herederos en seguir aquella alçada, mayormente si ovieren sospecha dellos que no andaran en el pleyto derechamente, cohechando con sus contendores a su pro e á daño de los otros.»

Derecho Romano.—«Non solent audiri appel antes nisi hi quorum interest, vel quibus mandatum est, vel qui alienum negotiorum gerunt quod mox ratum habetur. *L. 1. 49. 5. de appell. recip.—Ulp. tit. 28 ad ed.*»

«Et generaliter statuendum quod á sententia inter alios dicta appellari

Digitized by Google

non potest, nisi ex justa causa, veluti si quis in coherendum præjudicium se condemnari patitur vel similem tunc causam quanvis et sine appelatione tutus est coheres.—*L. 5. D. dict tit.—Marcian lib. 1 de appell.*»

«Item si emptor de propietate victus est, eo cessante autor ejus appellare poterit. Au si autor egerit et victus sit, non es deneganda emptori appellandi facultas. Quid enim si venditor qui appellare noluit, idoneus non est? Quinetiam si autor appellaverit, deinde in causœ defensione suspectus visus sit; perinde defensio causæ emptori commitenda ut, atque si ipse appellasset. *L. 4 § 3. D. 49. 1 de appell et colat.—Mar. lib 1 de appell.*»

«Itaque constitutum est in persona creditoris, quum debitor victus appellasset, nec ex fide causam defenderet. Quæ constitutio ita accipienda est, si interveniente creditore debitor de pignore victus provocaverit: nam absenti creditori nullum prejudicium delito facit. Id que statutum est. *Dicta l. 4. § 4.*»

«Ad appellandum admituntur item fidejusores pro eo pro quo intervenerunt. Igitur et venditoris fidejusor emptore victo appellabit, licet emptor et venditor adquiescant. *L. 5 D. dit tit. item fidej—Marcel lib. 1 de appell.*»

«Simili ratione; si heres institutus victus fuerit ab eo qui de inofficioso testamento agebat, legatarius et qui libertatem acceperunt, permitendum est appellare, si quærantur per collusionem pronuntiatum, sicut *divus Pius* rescripsit *Dich l 5 § 1.*»

«Regulariter soli appellatori appellatio prodesse potest. Hinc *Ulpiano*: «Si qui separatin fuerint condemnati quamvis ex eadem causa pluribus eis appellationibus opus est. *L. 10 D. 49 1 de appell. et relat. Ulp. lib. 48.*»

«Exipe: sed quum adversus plures probatæ essent rationes quœ eis nocerent, sufficit eis una appellatio: quia uno titulo comprobaturum rationum omnes convenebantur. *Dict. l. 10 § 2.*»

«Cœterum quod est rescriptum *in communi* causa quoties alter appellat, alter non, alterius victoriam ei proficere qui non provocavit; hoc ita demum probandum est, si una eademque causa fuit defensionis. Cœterum si diversæ alia causa est, ut in duobus tutoribus procedit, si alter tutelam gesserat, alter non attigerat. *Sup. dic l. 10 § 4 D. 49 1 de app.*»

La traducción de esos textos es la siguiente:

No se acostumbra admitir á apelar sino á los que tienen interés, ó que han recibido orden como mandatarios, ó gestionan negocio de otro cuya ratificación ha de hacerse luego.

Generalmente debe admitirse en principio que quien no ha sido parte en la causa no puede apelar de la sentencia, á menos que haya justos motivos: tal es el caso en que alguno se deja condenar en perjuicio de sus coherederos, ó por alguna causa semejante, bien que el coheredero no corra ningún riesgo y aún cuando no haya apelado.

Del mismo modo si un comprador ha sido eviccionado de la propiedad por la sentencia que de élla le priva, y sin que haya apelado, su autor podrá hacerlo; ó si es el autor quien ha seguido solo la instancia y ha sucumbido, la facultad de apelar no puede rehusarse al comprador. Y en efecto, qué resultaría si el vendedor que no ha querido apelar no fuese solvente? Así como si el autor hubiese apelado y en seguida su defensa se hiciese sospechosa; entonces puede ser confiada al comprador como si él mismo hubiese apelado.

Y una constitución lo ha establecido así en interés del acreedor, cuando el deudor que ha apelado de la sentencia que le ha condenado, no defiende

Digitized by Google

fielmente su causa: y el espíritu de esa constitución la hace aplicable al caso en que el acreedor ha intervenido en la instancia, y el deudor vencido respecto de la prenda, apelare. Porque el deudor no hace ningún perjuicio al acreedor ausente; y así se ha decidido.

Son admitidos á apelar los fiadores por aquellos á quienes han causionado; y por lo mismo el garante del vendedor, en caso que el comprador sucumba, puede apelar, aunque el vendedor y el comprador consientan el fallo.

Por la misma razón, si el heredero instutuido ha perdido su proceso contra aquel que atacaba el testamento como inoficioso, debe permitirse á los legatarios, apelar, así como á los que han recibido la libertad, si se quejan de que el Juez ha pronunciado por solución, como lo ha decidido un rescripto del Emperador *Antonino*.

Regularmente la apelación no puede aprovechar sino al apelante. Es por eso que Ulpiano dice: Si muchas personas han sido condenadas separadamente, aunque por la misma causa, es preciso interponer muchas apelaciones.

Excepción. Pero cuando se han establecido contra muchos individuos medios comunes, por los cuales se les ha condenado, basta que uno solo de éllos apele, porque las acciones respecto de los cuales han sucumbido, se dirijían contra todos en conjunto.

Con todo, lo que se ha decidido por un rescripto, de que cuando en una causa común á dos personas, la una apela y la otra nó, el éxito de aquélla aprovecha también á ésta, no es cierto sino en tanto qua ambas tienen el mismo medio de defensa. Pero es lo contrario, si tienen medios diferentes.

EXPLICACIONES.

Reforma en el artículo 199. El artículo á que vamos á contraernos establecía antes un principio tan general, que requería largas explicaciones para entenderlo dentro de sus límites racionales. «Puede apelar de una sentencia todo aquel á quien perjudique,» decía—En la última reforma se reconoció la inconveniencia de esa latitud, y se redactó como está hoy, exigiendo que el apelante tenga interés inmediato en lo que es materia del juicio, y sea perjudicado por la sentencia, bien porque pueda hacerse ejecutoria contra él mismo, bien porque haga nugatorio ó menoscabe ó desmojore su derecho. Así, ha quedado conforme con los principios que informaban la materia en las legislaciones española y romana, como se habrá observado por las inserciones que dejamos hechas.

Máxima de la ciencia. La ciencia proclama como máxima fundamental, la de que *res inter alios acta alteri non nocet*, según la cual, la sentencia librada en el juicio solo podía dañar á los litigantes. Pero no puede desconocerse que hay casos frecuentes de tener un tercero derechos propios en lo mismo que litigan otros, que es lo que constituye el interés inmediato; derechos que pueden ser dañados por la sentencia. Tales circunstancias dan legítimo título á ese tercero para, si le conviene, hacerse parte en el asuuto, apelando del fallo. El legatorio que ve que en el pleito de otro con el heredero instituido en el testamento falla el Tribunal declarando la nulidad de éste, pierde su legado con tal fallo: ¿porqué no se le ha de admitir á apelar, para sostener el testamento? El acreedor hipotecario que en una litis entre quien le hipotecó la cosa, y un tercero, impone de haberse declarado que la cosa hipotecada es de éste y nó de aqu tiene interes inmediato, manifiesto, en hacerse parte por la apelación, y sostei la causa de su deudor. No están en estos casos, la familia, los parientes bres, los dependientes y empleados, los protejidos de uno que pierde un pl en que se interesa una fortuna importante, y que viven á la sombra del didoso; porque ni éllos tienen derecho propio que alegar, ni el interés s que se hiere, es el interés inmediato de que habla la ley. Si éllos pud

Digitized by Google

hacerse parte también por ese daño reflejo, cada litigio se convertiría en cuestión de bandos contendores, sin razón plausible, y con detrimento del orden social y de la recta administración de justicia.

Doctrina española. Los autores españoles antiguos y modernos, enseñan acerca de esta materia, fundados en las leyes de partida copiadas y en otras, conforme con la doctrina romana, que pueden apelar, sin haber sido partes en primera instancia: el hijo de familia, de la sentencia que se librare contra su padre, sobre los bienes de su peculio propio que éste administra: el vendedor que no litigó (llamado al juicio) por la evicción á que está obligado, si el comprador, vencido y obligado á entregar la cosa, no apelare: el comprador cuando fuere vencido su vendedor, en igual caso; y si uno ú otro apelare y siguiera la apelación, podía tambien personarse en la alzada, el otro, comprador ó vendedor respectivamente, si sospechare que el apelante no procede derechamente: el acreedor pignoraticio (incluso el hipotecario) si no apelare el deudor, de la sentencia que se dictare sobre la cosa empeñada, y aun si hubiere apelado, si recelare el acreedor que no obraba derechamente en el seguimiento de la apelación, para seguir ésta, como si él la hubiere interpuesto: el fiador, respecto de la sentencia que se diere contra el fiado sobre la deuda ó cosa que fue objeto de la fianza, ó de la dictada contra el comprador de cosa afianzada por el deudor, aunque la hubieren consentido ambos; finalmente los legatarios, en cuanto al fallo que se diere contra el heredero, siéste no apelare, en pleito movido sobre nulidad del testamento; pero si aquel hubiere apelado podrán tambien continuar el recurso los legatarios si sospecharan que estaba de acuerdo con el actor para desfraudar su derecho á la herencia. Y agrega *Manresa* y *Navarro* en su comentario al artículo 382 de la Ley de enjuiciamiento civil: «Fíjese la atención en estos casos, que no excluyen otros análogos, y se verá que en todos ellos *pertenece la pro ó el daño* de la sentencia al tercero á quien se permite apelar sin haber litigado.»

Aplicacion entre nosotros. Es la misma doctrina de *Caravantes*, *Reus*, *Escriche* y otros, que creemos aplicable entre nosotros en lo sustancial, salvo la manera de obrar que debe adaptarse á nuestra tramitación.

Tambien creemos aplicable nuestro artículo al caso de nuestro Código Civil, en que por haberse movido pleito al comprador, este suspende el pago del precio, y el vendedor se viere perjudicado con una sentencia en ese pleito por no poder cobrar; así como, en general, en todo otro caso en que, según las relaciones jurídicas de un tercero con uno de los litigantes, aquél debiere sufrir perjuicio por la sentencia, en sus derechos. Y lo mismo en todos aquellos casos en que la ley civil, por disposición expresa da á un tercero el derecho de intervención en resguardo de sus derechos, ó de hacer oposición á una medida ó declaratoria, ó de ejercer los derechos de uno de los litigantes; pues siendo principio jurídico que á quien se concede lo más está concedido lo menos, no puede negárseles el derecho de apelación, que es menos que el de ocurrir al pleito desde el principio en ejercicio de su derecho.

Riesgo del apelante que no es parte. Mas es de llamar la atención á cualquiera que, encontrándose en algunas de las circunstancias expresadas, pretenda intentar la apelación; porque ésta le hace parte en el pleito, y lo que llegare á decidirse con su intervención en su contra, adquiere fuerza de cosa juzgada. Quizás, escudado con el citado principio de la *res inter alios acta* sea más prudente reservarse para litigar con más libertad y mejores recaudos, con la experiencia de lo que ha pasado.

Credenciales del apelante. Y no está demás advertir que el tercero que ocurre á apelar sin ser parte en el juicio, tiene que comprobar los extremos que exije el artículo, interes inmediato en lo que es objeto del pleito, y perjuicio en sus derechos por la decisión; explicando cuantas circunstancias tiendan á demostrar la admisibilidad de su intervención como apelante.

Condenados por lo que resulta del proceso. No requiere explicación el caso de

Digitized by Google

condenatoria por lo que resulta del proceso. Si está en tiempo, el condenado puede sin duda apelar; si ha pasado el lapso de la apelación, ya vimos que todavía se le admite después, á reclamar con los documentos conducentes.

Terceros, como testigos, expertos, etc. ¿Pero estarán en ese mismo caso aquellos terceros contra quienes la sentencia no pronuncia condenatoria, pero respecto de los cuales hace apreciaciones que pueden dañarles, como un testigo cuyo dicho se desestima por contradictorio ó destituido de fe; un experto, cuyo juicio se desecha por parcial ó por extralimitar su encargo, etc? Parécenos evidente que nó, porque el Juez usa de su derecho al hacer tales apreciaciones, según su criterio, y á nadie ofende, por lo mismo; y porque no hay el daño que requiere la ley, ni el interés inmediato en el objeto del litigio, á que élla se contrae.

Compartes. Para completar este estudio, debemos ahora contraernos á los efectos de la apelación de una parte que tiene varios compañeros en el pleito.

La regla general es que la sentencia daña á todo el que, siendo parte, no apela. Pero esa regla tiene excepciones. Los españoles indican como tales el caso de comuneros; el de que se litigue sobre servidumbre real, urbana ó rústica (excepto el usufructo) que varios deban ó reclamen, y el de dos ó más tutores, que todos administren; en los cuales tres casos la apelación de uno favorece á los demás.

Dejando á un lado esos casos de comuneros y aun de coherederos, en que cada cual puede representar por los demás en lo relativo á la cosa común ó á la herencia, según permiso expreso de la ley; y también de varios representantes con iguales poderes, en los cuales no es dudosa la apelación de uno por todos, busquemos la regla que ha de servir de guía en todos los casos de haber varios compartes. Siguiendo las doctrinas de *Carré. Apell. Quest. 1565*, hay que distinguir la naturaleza de la acción deducida ú obligación reclamada, con relación al vínculo jurídico entre los compartes. Si esa acción ú obligación es solidaria, convencional ó legal, ó bién si es indivisible, que viene á ser una solidaridad natural, la esencia misma de las cosas arrastra la consecuencia de que la apelación de uno favorece á los compañeros; porque necesariamente tiene que considerarse á cada cual como representante de los otros, por ser la cuestión una misma hasta en el monto del interés. Mas, si no hay solidaridad, si la obligación es divisible, respondiendo cada uno de su respectiva porción, y más, si las causas ó medios empleados contra cada cual, son diferentes, la apelación de uno, no puede favorecer á los demás.

Respecto de los que vienen al juicio, llamados por evicción ó garantía, claro nos parece pue caben las siguientes distinciones. Si el citado, á pesar de haberlo sido, no ha concurrido hasta entonces al juicio, que se sigue en rebeldía respecto de él, puede en el término legal, después de sentencia, apelar, y su apelación favorecería al citante si no ha apelado éste. Si el citado concurrió oportunamente al juicio, y se hizo parte tomando la defensa del citante ó coadyuvando en élla, la apelación del uno favorece al otro. Pero si el citado viene al juicio, y combate la obligación de sanear ó garantir, la discución entre citante y citado, queda particularizada entre éllos como adversarios, y no habiendo ni interes ni defensa común, no puede haber tampoco apelación de uno que pueda favorecer al otro.

Resumen. Y resumiendo, para concluir, todo lo dicho respecto de los apelantes, estableceremos estas conclusiones:

1ª Sean uno ó varios los demandantes y uno ó varios los demandados, si ninguno apela, queda ejecutoriada la sentencia; y por el contrario si todos apelan no hay ejecutoria para nadie.

2ª Si son uno ó varios los demandantes y uno el demandado, y éste es condenado en todo, si no apela, queda ejecutoriada la sentencia: los otros no tienen de qué apelar.

Digitized by Google

3ª Si en el mismo caso de uno ó varios demandantes y un demandado, la sentencia agravia á ambas partes, si la una apela, la otra puede adherirse á esa apelación, y la sentencia puede remediar los agravios de una y otra parte Pero si ni apela ni se adhiere, se presume consentida en lo que le agravia, y la sentencia no puede mejorarlo, á menos que se reforme la sentencia de primera desechando la solidaridad ó indivisibilidad de la obligación que élla suponía, ó bien enmendando la aplicación de la ley citada como aplicable, y que fue confundida con otra disposición legal; pues si la ley y la justicia exigen la reforma, no puede dejar de hacerse por aquello de que, en el hecho, resulte mejorado el que no apeló.

4ª En el caso de un grupo de demandantes ó de demandados, ligados por comunidad de herencia ó de cosa común, ó bien por solidaridad ó indivisibilidad, del derecho ó de la obligación, la apelación de uno del grupo, favorece á los demás de él; en caso contrario, y sobre todo, si las causas ó medios empleados contra cada cual son diferentes, la apelación de uno no puede favorecer á los demás.

5ª Finalmente, si los llamados al juicio por saneamiento ó garantía, han sido citados oportunamente y no combaten su obligación de sanear ó garantir, la apelación del citante favorece al citado y viceversa; pero si la combaten, cada cual debe apelar por su parte, si la sentencia lo agraviare.

TITULO IX.

DE LOS JUECES COMISIONADOS.

Art. 200. Todo juez puede cometer la práctica de cualesquiera diligencias de sustanciación ó de ejecución á los que le sean inferiores, aunque residan en el mismo lugar.

Art. 201. Todo juez podrá dar igual comisión á los que sean de igual categoría á la suya, siempre que las diligencias hayan de practicarse en un lugar á que se extiende la jurisdicción del comisionado, y este lugar sea distinto del de la residencia del comitante.

Art. 202. En el caso del artículo anterior, el juez comisionado podrá pasar la comisión á un juez inferior suyo.

ESTUDIO 69.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los tres artículos copiados son los 141, 142 y 143 del Código de 1880, iguales á los 139, 140 y 141 del de 1873. Vienen de los artículos 171 y 172 de la Ley orgánica de Tribunales de Colombia que

Digitized by Google

ordenaba cometer á los Alcaldes parroquiales y del respectivo territorio los embargos, ejecuciones, prisiones y arrestos decretados por los Tribunales de 1ª instancia, y que para la práctica de cualesquiera otras diligencias no podrían valerse los Tribunales y juzgados sino de los Jueces de 1ª instancia, de los Alcaldes municipales ó parroquiales.

Derecho Español.—*Ley 1ª tit. 4 Part 3ª.* «Otra manera y a aun de jueces á que llaman *Delegados*, que quier tanto decir como omes que han poderío de judgar segun les mandan los Reyes, ó los adelantados ó los otros jueces ordinarios . . . . . .»

Ley 17 tit. 4 Part 3ª «Ordinarios jueces diximos en la segunda ley deste titulo que son . . . . . E porque estos atales non pueden á las vegadas librar por sí todas las contiendas de los omes que vienen á su juyzio, han de encomendar pleytos señalados á algunos omes buenos que los oigan é los libren en su logar. E pues que en las leyes ante desta diximos . . . que es lo que han de guardar e de facer, quando ellos por sí oyen é libran los pleytos; queremos de aquí adelante decir las cosas que han de catar quando las encomiendan á otro que los libren en logar dellos. E dezimos que son cuatro: La primera que aquellos á quien los encomendaren oyr sean de aquella tierra sobre que han poder de judgar . . . La segunda cosa es que caten los ordinarios que estos pleytos sean tales e de tal natura que ellos mismos los puedan librar, si quisieran. La tercera cosa que deben catar es que los pleytos sean de tal natura que non defiendan las leyes deste libro de los encomendar á otro. La quarta, que manden á los que ovieren de oyr aquellos pleytos que oyan e los libren estando en aquella tierra en que los ordinarios gela encomendaron e do han poderío de judgar . . . . .»

Ley 18, tit. 4 Part 3ª. «Contienden muchas vegadas los omes é han pleytos sobre que vienen á juyzio. E como quier que esto sea de muchas guissas; pero los sabios antiguos los departieron señaladamente en tres maneras. La segunda e la mediana manera de librar pleytos, es dar guardadores á huérfanos ó á locos ó á desmemoriados . . . ó librar pleyto que sea de trescientos maravedís de oro en arriba. Ca á tales pleytos como estos les judgadores los deven oyr por sí mismo é non los pueden encomendar á otros . . . La tercera manera de los pleytos, e la menor es, toda contienda que fuesse sobre cosa que valiesse de trescientos maravedís de oro en ayuso. Ca sobre tal pleyto como este bien puede el juez ordinario dar otro delegado que lo oyga e lo libre en su logar, si quier . . . . . .»

Derecho Romano.—«More majorum ita comparatum est, ut is demum jurisdictionem mandari posset, qui eam suo jure, non alieno, beneficio habere. *L. 5 Jul Lib. I D.*

«Solet prætor jurisdictionem mandare; et aut omnen mandat, aut speciem unam. *L. 16 Ulp. lib 3 de omnib tribun.*»

«Enimvero, prætor sicut universam jurisdictionem mandare alii potest, ita et in personas certas vel de una specie potest.»

«Quemadmodum is demum mandare jurisdictionem potest qui eam jure suo exercet, ita magistratus ea sola mandare potest quœ sibi competunt jure magistratus.»

«Igitur quœcumque specialiter lege, vel senatus consulto, vel consti[illegible]e principum tribuuntur, mandata jurisdictione non tranferuntur.»

«Quœ vero jure magistratus competunt, mandari possunt. *L. 1 D ff ejus cui mand. Pap. lib. 1 quœst.*»

Dicen esos textos:

Según el uso de los antiguos no se puede delegar la jurisdicción o cuando se tiene propia, y no se puede delegar la que se ejerce en [illegible] d de una delegación.

Digitized by Google

El pretor delega ordinariamente su jurisdicción, y esa delegación es en el todo ó parcial.

En efecto, como el pretor puede delegar toda su jurisdicción, puede también restringirla al delegado, con relación á las personas ó á la especie de negocio.

Como el magistrado no puede delegar sino lo que realmente tiene él mismo, así la delegación que él hace no puede comprender sino las causas que son de su resorte y en las atribuciones de su magistratura.

El no puede, pues, en ciertos negocios, delegar el conocimiento que le ha sido deferido por una ley especial, por un senado consulto ó por una ordenanza del principe.

Pero puede delegar todo lo que entra en las atribuciones de la magistratura de que está revestido.

EXPLICACIONES.

Origen de los Jueces comisionados. Por los textos romanos que hemos copiapiado se vé, como observa *Caravantes*, que la facultad de delegar los Jueces la jurisdicción de que se hallan investido por la ley, en otras personas, tiene su origen en el derecho romano. Conforme á una máxima de derecho público, la jurisdicción propia de esta nación era considerada en el magistrado que se hallaba revestido de élla, como una verdadera propiedad. Al contrario sucedía respecto de la jurisdicción delegada : el que recibía alguna parte de la potestad pública por la vía de la delegación, solo era un depositario, y nó la ejercía sino en nombre y como mandatario de la autoridad de que emanaba la delegación. «Nuestras leyes, dice más luego *Caravantes*, especialmente las de Partida, adoptaron la doctrina de la delegación de los romanos, no obstante ser muy distinta la organización de los Tribunales de justicia en España, y la clase de gobierno.»

Término de las delegaciones en España. Disposiciones posteriores, del año de 1811 acá, han hecho desaparecer esas delegaciones de las leyes romanas y de Partidas, en la misma España , y solo se ha permitido al Juez ó magistrado que está conociendo de un asunto, delegar, no á las personas á quienes bien le parezca, sino á los que se hallan revestidos ya con el carácter de Jueces, determinadas diligencias ó actuaciones, que de lo contrario reclamarían su presencia en lugares á veces remotos, paralizándose en consecúencia la administración de justicia.

Su término entre nosotros. Entre nosotros, ya en la Constitución de Colombia de 1821, dijo el artículo 166. «Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por los Tribunales á quienes corresponda el caso por las leyes.» La de Venezuela, de 1830, estableció en su artículo 195. «Ningún venezolano puede ser distraído de sus jueces naturales, ni juzgado por comisiones especiales ó tribunales extraordinarios.» La de 1857 reprodujo eu su articulo 118 esa misma disposición ; y en todas las posteriores, inclusa la vigente hoy se consagra ese derecho como una de las garantías del ciudadano. Aquella jurisdicción delegada que venía de la legislación española desapareció, pues, entre nosotros le la época de Colombia, permitiéndose solo á los Jueces dar comisión á s Jueces parala práctica de algunas diligencias de procedimiento ó de ejecu- como se vé en su misma ley orgánica de Tribunales.

Diferencia entre la delegación y la comisión. La sola lectura de los artículos arriba insertamos, basta para reconocer la diferencia entre los Jueces delegados de las leyes españolas, y los Jueces comisionados de nuestro derecho moderno. Aquellos eran particulares, á quien un magistrado revestido de jurisdicción, la trasmitía con mayar ó menor extensión, para conocer y decidir los

Digitized by Google

asuntos especiales que le delegaba. Por lo mismo, se exigían á esos particulares ciertas condiciones, y la ley designaba la especie de negocios que podían ó no delegársele.

Nuestros comisionados son los mismos Jueces inferiores, que tienen jurisdicción propia, á quienes un comitente, cuyas veces hacen y en cuyo nombre obran, les comisiona, nada más que para la práctica de señaladas diligencias de procedimiento ó de ejecución.

Necesidad de las comisiones. Con recordar que los Tribunales ocupan su correspondiente puesto en la escala judicial, y que la jurisdicción de cada uno de éllos se extiende á determinado territorio, más ó menos extenso, según su categoría, se comprende la necesidad de que, cuando se trata de diligencias relativas á personas ó á cosas que se encuentran en una jurisdicción distinta de la del Tribunal que está conociendo de un asunto, haya de ocurrir al de esa jurisdicción donde se hallan aquéllas. De aquí el imprescindible deber de los Tribunales de auxiliarse unos á otros, para hacer posible, y facilitar la administración de justicia en todo el país : y eso aun en un régimen central, y con mayoría de razón en el sistema federativo, en que se proclama la autonomía de los Estados. Y por esto entre las bases de la Unión, se reconoce en el número 17 del artículo 69 de la Constitución Nacional la obligación de los Estados de dar entera fé y hacer que se cumplan y ejecuten los actos públicos y de procedimiento judicial de los otros Estados.

En que consiste la comisión. Tales son, pues, los antecedentes y motivos del artículo que venimos estudiando. El dá á todo Juez la facultad de cometer la práctica de cualesquiera diligencias de sustanciación ó de ejecución, á los que le sean inferiores Cuando se trata de una jurisdicción extraña á la suya, la necesidad le impone ese proceder. Pero el artículo rgrega, «*aunque residan* (esos inferiores) *en el mismo lugar.*» Ya no es solo cediendo á la necesidad, sino con el fin de facilitar la pronta administración de justicia ; por que las ocupaciones del Tribunal pueden ser tales, que aunque las personas ó las cosas á que se refieran las diligencias, están bajo su jurisdicción, no pueda él atenderlas por sí, sin retardar otros asuntos. Así, los juzgados de 1ª Instrncia acostumbran comisionar para las pruebas y otros actos de sustanciación y para las ejecuciones á los Jueces de Distrito ó de departamento ó á los de parroquia ó municipio, ya comprendidos en su propia jurisdicción, ya en jurisdicción extraña, del mismo ú otro Estado, donde estén las personas ó las cosas á que las diligencias se refieran. Pero ha de entenderse que la comisión no puede darse indistintamente á cualquier inferior, sino al correspondiente Juez territorial, á fin de que, para cumplir el encargo, no tenga el comisionado que invadir jurisdicción agena ; y como en cada distrito ó departamento hay un Juez con jurisdicción en todo él, y en cada una de las parroquias ó municipios que lo componen, hay otro Juez territorial, la comisión podrá darse ó al Juez de la parroquia donde estén las cosas ó personas, objeto de la diligencia, ó al del Distrito en que esté comprendida esa parroquia.

Comisión á los iguales. También faculta el artículo 201 al comitente para dar la comisión á otro Juez de igual categoría á la suya, esto es, un Juez de 1ª instancia á otro de 1ª instancia, uno de distrito ó departamento al de otro distrito ó departamento; siempre que las diligencias hayan de evacuarse en lugar donde tenga jurisdicción el comisionado, y este lugar sea distinto del de la residencia del comitente. Se trata, pues, de comisión, nó ya de superior á inferior, sino de igual á igual; que así lo exige la necesidad de la más expedita justicia; y por supuesto, ha de tener jurisdicción el comisionado en el lugar correspondiente, porque no puede obrar fuera de ella; y han de residir comitente y comisionado en lugares distintos, porque siendo en el mismo, es natural que el propio comitente evacue su diligencia, para no entorpecer la expedición de los negocios á su igual. Y como el comisionado tiene sus inferiores, y él puede tener necesidad de atender otros negocios, y aun dificultad para salir del lugar de su residencia, (si tal se requiriera),

Digitized by Google

la misma ley le faculta para pasar la comisión á un inferior suyo. De ese modo queda todo conciliado.

No hay comisión al superior. Correcto nos parece que la ley limite las comisiones á los iguales y á los inferiores; porque no se compadece con la gerarquía el comisionar á un superior. Al inferior se le ordena obrar, por medio de un despacho, á nombre ó por mandato del comitente; al igual se le exige, por medio de un exhorto, en obsequio de la administración de justicia, evacuar la diligencia; mas al Superior, que no es Juez de sustanciación ni de ejecución, ni puede mandársele, ni puede exigírsele. Cuando algo se necesite de él, como una copia, un informe ó cosa semejante, en que obra por sí y nó á nombre de otro, se le libra suplicatoria, para obtener lo que se desea.

Esos Superiores, Cortes ó Tribunales, Superior y Supremo, sí tienen la facultad que dan los artículos estudiados, para librar comisiones á sus inferiores para diligencias de sustanciación ó de ejecución, como posiciones ú otras.

Diligencias en el extranjero. Nada dice aquí la ley sobre diligencias que hayan de evacuarse en el extranjero. No hay entonces Superiores, ni iguales, ni inferiores, sino Tribunales sometidos solo á las leyes de su respectivo país. Pero el derecho y las prácticas internacionales y tratados públicos, reconocen el deber de auxiliarse la administración de justicia de todos los países en las diligencias de instrucción, y obedecen en ello principalmente á la regla de reciprocidad. En el tratado de la ejecución de los actos extranjeros en Venezuela, de este Código, veremos el deber de nuestros Tribunales de ejecutar las providencias de los Tribunales extranjeros sobre examen de testigos, experticia, juramento, interrogatorios y otros actos de instrucción, y citaciones y notificaciones. Por ahora diremos solo que cuando nuestros Tribunales necesiten ocurrir á los Tribunales de otro país para la práctica de tales diligencias, necesitan enviar cartas deprecatorias ó suplicatorias, en términos corteses, y ofreciendo la reciprocidad; las cuales deben ser dirigidas por órgano del Ministerio de Relaciones Interiores que las pasa al de Relaciones Exteriores, para que vayan por la vía diplomática ó consular. Allá no se acostumbra pasarlas directamente á los Jueces que hayan de evacuar las diligencias, sino al Ministro del Exterior, que pasa la suplicatoria al de Justicia, quien dá sus órdenes al Procurador general ó quien haga sus veces, para que les dé curso. Por haber obrado de modo distinto han rechazado los Jueces extranjeros suplicatorias presentadas por interesados. Y es del caso recordar que, según práctica de aquellos Tribunales, y resolución, nos parece, del Gobierno de Venezuela, deben estar advertidos los interesados de que han de tener agentes que paguen los derechos y los demás gastos que causen las diligencias, pues de otro modo no se les dá curso.

Art. 203. Ningún juez comisionado podrá dejar de cumplir su comisión, sino por nuevo decreto del comitente, fuera de los casos expresamente exceptuados por la ley.

Cuando las partes tengan que nombrar peritos ó ejecutar otros actos semejantes y no comparezcan oportunamente, el juez comisionado hará las veces del comitente.

Art. 204. El juez comisionado debe limitarse á cumplir extrictamente su comisión, sin diferirla, so pretexto de consultar al comitente sobre la inteligencia de dicha comisión.

Digitized by Google

Art. 205. Contra las decisiones del juez comisionado podrá reclamarse para ante el comitente.

Art. 206. Los Tribunales militares, de comercio, y cualquier otro de jurisdicción especial, no podrán ser comisionados sino en asuntos que sean de la misma jurisdicción.

ESTUDIO 70.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los cuatro artículos que vamos á estudiar son los mismos 144, 145, 146 y 147 del Código de 1880, iguales á los 142, 143, 144 y 145 del de 1873. En nuestro Código de 1838 existía el artículo 29 de la Ley única, Título XI, que disponía esto:

«Ningún Juez comisionado podrá nunca dejar de cumplir literalmente su comisión sino por nuevo decreto del Juez de la causa, ni consultar letrado, ni oir á ninguna de las partes por escrito ni de palabra en lo que sea contrario al cumplimiento de dicha comisión, sea cual fuere la razón que se alegare ó el resurso que se interpusiere, fuera de los casos expresamente exceptuados en este Código. Cuando las partes debieren nombrar peritos ó ejecutar otros actos ante un Juez comisionado, y no comparecieren oportunamente, el Juez lo hará todo de oficio.»

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 21, tít. 4, Part. 3ª* «Poder han los delegados de librar los pleytos en la manera que le fueren encomendados, assí como en la lei ante desta mostramos. Pero este poderio se desata por alguna destas razones que aquí diremos. La primera si aquel que gelo mandó oyr, revoca el mandamiento é quier oyr el pleyto el mesmo ó encomendarlo á otro. La segunda es, si el delegado mejorare su estado, egualándose en oficio á aquel que lo mandó oyr el pleyto ó enmejorándose sobre él. La tercera es si se muere ó pierde el oficio aquel que mandó oyr el pleyto, en ante que el delegado lo comience á oyr por demanda e por repuesta. Pero si el pleyto fuesse comenzado por respuesta ante él, ante que se muriesse ó perdiesse el oficio el que gelo encomendó, entonce non se dasataria el poderio del delegado.»

DERECHO ROMANO.—«Qui mandatam juridictionem suscepit, propium nihil habet, sed ejus qui mandavit jurisdictionem utitur. *Ley I, D. de off. ejus cui mand. Pap. lib. 1, quæst.*»

«Si qui mandavit jurisdictionem decerverit, ante quam res ab eo cui mandata est jurisdictio geri cœperit, solvi mandatum, Labeo dit, sicut in reliquis causis *L. 6, Paul lib. 2 ad ed.*»

«Solvi etiam revocatione. *Vid supia tit. de off. procons.*»

Textos que dicen:

Aquel á quien se ha delegado la jurisdicción no tiene jurisdicción propia: ejerce la de aquel que se la ha delegado.

Si aquel que ha delegado la jurisdicción muere, cesa el mandato en todo caso de no haber comenzado á conocer, como en todas las demás especies de mandato.

Y cesa también la delegación por revocación.

Digitized by Google

EXPLICACIONES.

Dos deberes del comisionado. Dos deberes principales imponen los dos primeros artículos 203 y 204, al Juez comisionado: el uno no dejar de cumplir su comisión sino por nuevo decreto del comitente, sin otra excepción que la que haga expresamente la ley; y el otro limitarse á cumplirla extrictamente sin diferirla so pretexto de consulta.

Excepciones legales. No recordamos otros casos de excepciones expresas de la ley, que el del artículo 456 sobre embargo, cuando al verificarse se encuentra poseyendo la cosa un tercero que tiene prueba fehaciente de su derecho, en que la ley manda suspenderlo; y los de los artículos 759 y 760 en que se ordena suspender la entrega de la cosa vendida, en los casos allí expresados. Esas disposiciones son generales; y por lo mismo deben respetarlas, tanto el Juez de la causa, si él mismo está actuando, como su comisionado si se le ha dado comisión. Porque es siempre sobreentendido que el comisionado ha de cumplir su comisión, nó á su capricho y arbitrio, sino con sometimiento á las disposiciones legales del caso.

Excepciones constitucionales. Además el artículo 19 de la Constitución Nacional dispone que: «Los que expidieren, firmaren, ejecutaren ó mandaren ejecutar decretos, órdenes ó resoluciones que violen cualquiera de los derechos garantizados á los venezolanos, son culpables, y deben ser castigados conforme lo determine la ley. Todo ciudadano es hábil para acusarlos, y el derecho de acción contra ellos durará cinco años.» De aquí se deduce que ningún Juez comisionado está obligado á cumplir una comisión que sea violatoria, de esas garantías, y hacerse culpable y merecedor de las penas legales. Pero es cuando de la comisión misma, del despacho que se le envía, aparezca claro el ataque á las garantías de algún ciudadano; que entonces deba negarse á darle cumplimiento, con mayor razón si la parte perjudicada se lo reclamare; porque no se excusaría alegando que no obró sino á nombre y por mandato de otro, toda vez que desde que el mismo despacho le haga conocer la arbitrariedad de lo que se manda á ejecutar, aparecería siendo instrumento voluntario, y por tanto culpable. Otra cosa sería si el despacho revistiera todas las apariencias de legalidad, si sus términos no revelacen de algún modo, un proceder atentatorio. El comisionado, que no tiene á la vista los antecedentes del negocio, debe creer que la medida que se le manda llevar á cabo es legítima; y toda la responsabilidad caería entonces sobre el comitente.

Objeto del artículo 203. Con la disposición del artículo 203 ha querido el legislador esegurar el cumplimiento de los mandatos judiciales, sin dar cabida á excusas ó evasivas del comisionado. Riesgo correría de quedar burlada toda medida desagradable, con daño de la buena administración de justicia, si se permitiese al comisionado obrar de otro modo.

El deber estricto. El artículo 204 ordena al comisionado limitarse á cumplir extrictamente su comisión, á fin de que no tenga oportunidad ni motivo de ir más allá, permitiéndose ninguna especie de extralimitación.—No le toca ampliar ni enmendar lo ordenado por el comitente: debe ceñirse á hacer lo que se le manda, ni más ni menos; observando siempre la ley.

Consultas del comisionado. La disposición agrega :—*sin diferirla so pretexto de consultar al comitente sobre la inteligencia de dicha comisión*—. Esto no quiere decir que si la comisión presentare realmente dudas ó dificultades que impidieren cumplirla sin exponerse á un error ó á un atentado, no pueda el comisionado exigir alguna aclaratoria: nadie está obligado á lo imposible. Hasta las sentencias definitivas pueden hacerse inejecutables por oscuridades y contradicciones. Lo que quiere la ley es que no se busquen pretextos para diferir el cumplimiento de la comisión; pero de ninguna manera que por festinación se cometan desaciertos.

Toca á las partes suministrar lo necesario. Por supuesto que la ley supone

Digitized by Google

que las partes activan, y ponen al Tribunal en capacidad de obrar. Si no suministran papel para actuar, si no proporcionan medios de traslación, cuando sean necesarios para obrar fuera del local, etc., el Tribunal nada puede hacer; pues ni le es permitido gestionar por las partes, ni hacer suplementos por éllas.

Poder para elecciones de peritos etc. Creyó el legislador necesario aclarar que el comisionado haga las veces del comitente, cuando debiendo las partes nombrar peritos ó ejecutar otros actos semejantes, como hacer alguna otra designación que les corresponda, v. g. árbitros, no comparezcan oportunamente.

Reclamaciones y apelaciones. El artículo 205 establece que contra las decisiones del Juez, comisionado pueda reclamarse para ante el comitente Claro es que no se trata de sentencias, que no puede librar el comisionado, sino de las providencias que el mismo cumplimiento de la comisión hace necesarias, como fijar días y hora para declaraciones, para posiciones ú algún otro acto, resolver reclamaciones de repreguntas ó de posiciones etc. Las partes tienen el derecho de hacer exposiciones, observaciones y aun oposiciones en defensa de su derecho; y el Juez no puede negarse á poner constancia de éllas. Si requieren resolución del momento para no paralizar un acto en cumplimiento de la comisión, las dicta; y si se reclama para el comitente, lo hace constar á fin de que éste decida oportunamente; y caso de apelación, la oye en un solo efecto, y continúa cumpliendo su comisión. Si es sobre punto que el no puede resolver sin extralimitarse, eleva al comitente la reclamación, pero sin paralizar la comisión. Y si se le interponen apelaciones las hace constar, y allá podrá oírlas ó nó el comitente en su oportunidad. Según la ley, no hay apelación del comisionado para el comitente; por que aquel recurso es siempre á mayor Juez, y el comisionado está haciendo las veces del comitente. Por lo mismo, cuando para no paralizar un acto, oye en un solo efecto la apelación que se interpone, es en la inteligencia de que el comitente ha de reverlo, y decidir entonces sobre la misma apelación.

Tribunales especiales. El artículo 206 dispone que los Tribunales de jurisdicción especial, como los de comercio, los de hacienda, los militares etc., no pueden ser comisionados sino en asuntos que sean de esa misma jurisdicción especial. Lógico y natural es que si consideraciones ó motivos particulares autorizan la creación de jurisdicciones especiales, los que las ejercen se ocupan solo de asuntos que estén en la esfera de la especialidad respectiva, á que están limitados sus poderes legales. Otra cosa es cuando son ellos los que tienen necesidad de dar comisiones. Entonces pueden dirigirse á los Tribunales de la jurisdicción común ordinaria, que son los que tienen la plenitud de la jurisdicción. Así, los Jueces de comercio y de hacienda dan con frecuencia comisiones á los Jueces civiles ordinarios, para diligencias de sustanciación ó de ejecución.

Art. 207. En el caso de que el juez comisionado estuviere comprendido en alguna causa legal de recusación, la parte á quien interese podrá excitar al comitente á que use del derecho de revocar la comisión, sin perjuicio de que la misma parte pueda proponer la recusación ante el comisionado.

ESTUDIO 71.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Es nuevo el artículo introducido en la última reforma, y no tiene por lo mismo antecedentes en nuestra legislación.

Digitized by Google

DERECHO ESPAÑOL.—La ley de Partida que insertamos en el Estudio anterior, se refería á los modos de terminar su oficio los jueces delegados.

DERECHO ROMANO.—También los textos que copiamos en el Estudio anterior contenían las disposiciones sobre terminación del cargo, entre éllas la de revocación.

EXPLICACIONES

Revocación y recusación. No es nuevo en nuestro derecho el poder de revocación por parte del comitente, ni la facultad del litigante para recusar al comisionado por causa legal. Ambas cosas se practicaban, según las circunstancias; no dudándose del poder para revocar la comisión, desde luego que élla ha sido siempre potestativa, y que el comitente podría darla, según el caso, al Juez de 1ª instancia, al de distrito ó departamento ó al de parroquia respectivos; ni dudándose tampoco del derecho de la parte á recusar al comisionado, atendida la disposición amplia en materia de recusaciones, que siempre ha comprendido á todos los funcionarios judiciales, ordinarios, accidentales ó especiales. Lo nuevo es el modo de proceder preceptuado en el artículo. Antes era varia la práctica en cuanto á proponer la recusación del comisionado, ya ante él mismo, para que suspendiese sus funciones y pasase la causa al comitente, ya ante éste, para que fuese él quien ordenase la suspensión, y le diese curso á la recusación, ó bien revocase el encargo. Y ambos sistemas tenían sus partidarios, sosteniendo cada cual ser el único legal.

El artículo ha venido á decidir la controvercia, fijando el modo de proceder: ó se ocurre al comitente exponiéndole los hechos y excitándole á revocar la comisión: ó se recusa al comisionado ante él mismo: ó se emplean ambos medios, toda vez que es siempre el comitente quien ha de resolver. La ley sobre recusaciones comete á él todas las que ocurran en la causa en 1ª instancia, y el Título que estudiamos le faculta para revocar. El legislador se decidió por la recusación ante el mismo comisionado, por ser la más justa y expeditiva. Téngase presente que la comisión puede ser necesaria á veces para diligencias en localidades muy distante del Tribunal de la causa; y supóngase el conflicto en que se encontraría una parte á presencia de un comisionado parcial, entregado á su contrario, como no es raro, y á quien debiese recusar. Si por fuerza debiera ocurrir al comitente, careciendo de medios para detener la acción del comisionado, aprovecharía éste el tiempo que debiera correr, y consumaría su obra de parcialidad, antes que le llegasen las medidas dictadas por el comitente para remediar el mal. La disposición del artículo dá al interesado el derecho de proponer la recusación ante el comisionado mismo; éste se vé obligado así, á suspender su procedimiento: extender su informe; y elevar el asunto al comitente, que, con solo revocar la comisión, dejará todo remediado en interés de la justicia.

TITULO X.

DE LA CONCILIACION.

Art. 208. El juez podrá exitar á las partes á la conciliación en cualquier estado del juicio, antes de la sentencia, en primera instancia, con tal de que no se trate de materias en las cuales estén prohibidas las transacciones.

Digitized by Google

La conciliación hecha por un tutor ú otro administrador, ó por quien no puede disponer libremente del objeto sobre que versa la controversia, tiene efecto solamente cuando sea aprobada de la manera establecida para las transacciones.

Art. 209. Cuando las partes se hayan conciliado, se formará un acta que contenga la convención; acta que será firmada por el juez, el secretario y las partes.

Si alguna de las partes no sabe ó no puede firmar, lo hará un tercero á su ruego, indicándose esta circunstancia en el acta.

Art. 210. La conciliación da fin al pleito y tendrá los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada.

ESTUDIO 72.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los artículos copiados son el 148, 149 y 150 del Código de 1880, con pocas alteraciones el primero; los cuales eran iguales al 146, 147 y 148 del Código de 1873. El § único artículo 4° de la Ley III Título I del Código de 1838, después de tratar de la contestación y conciliación, decía: «La conciliación, lo mismo que la conformidad del mandado en los términos de la demanda, tiene fuerza de cosa juzgada, y deberá ejecutarse de la manera establecida en la ley única título 6° sobre ejecución de la sentencia.»

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 34, tit. 14 Part 3a.* «Verdaderos pleytos mueven los omes á las vegadas unos contra otros, e aquellos á quien fazen la demanda ampáranse escatimosamente dellos, de manera que por el enojo que reciben del alongamiento del pleyto e por miedo que han los demandadores de perder sus demandas, aviénense con los demadados e quítanles alguna partida del debdo que les demandan ó fazen otras posturas de nuevo, que non son á su pró. E por ende dezimos que la avenencia e el pleyto que assi fuesse fecho que deve ser guardado también por la una parte como por la otra: e quanto quier que montasse aquella parte que quitasse el demandador, non la podía después demandar: e maguer se quisiesse defender diziendo que se moviera á fazer el pleyto ó el quitamiento por las escatimas que le paraba delante el demandado, non debe valer. Fueras ende, si el demandador pudiere probar que el demandado le fizo engaño en fazerle perder las cartas ó embargarle los testigos con que se pudiera provar su demanda, e que por esta razon fizo el quitamiento de la deuda, ó de alguna partida della; ca si lo provasse, entonce bien podria demandar e cobrar aquella parte que oviesse assí quita.»

Ley 4, tit. 17, lib. XI. Nov. Recop. «. . . . por ende queriendo en ello proveer y proveyendo mandamos que luego que la tal sentencia arbitraria fuere dada, de que la parte pidiere ejecucion, se ejecute libremente pareciendo y presentando el compromiso y sentencia signada del escribano público . . . y esto mismo mandamos que se haga y se ejecute en las transacciones que fueren hechas entre partes ante escribano público.»

DERECHO ROMANO.—«Transactio est conventio qua litis motœ aut mo[illegible]e desiderdœ causa, aliquid datur vel promittitur, aut retinetur.»

«Hinc deffert á pacto donationis causa; nan qui transigit, quasi de re [illegible]a et lite incerta neque finita transigit: qui vero paciscitur donationis caus[illegible]n certam et indubitatam liberalite remittit. *L. 1 Ulp. lib. 50 ad ed.*»

Digitized by Google

«Duo igitur ad sustantiam transactionis requiruntur: 1° Ut aliquid datum vel retentum vel promissum fuerit: 2° Oportet ut hoc datum, retentum vel promissum fuerit litis alicujus decidendœ causa.»

«Nihil refert autem lis præsens sit an futura.»

«Nulla specialis est transactionem forma; et varie possunt unde Ulpian transactum recipere quis potest non solum si aquiliana stipulatio fuerit subjecta, sed et si pactum conventum fuerit factum. *L. 2, l. 7, 4 ad ed.*»

«Igitur in lis scriptura non est necesaria. Hinc Alexander-cum te transigisse etc. *L. 5, Cod. id. tit.*»

«Similiter Dioclecian et Maxinin. Sive apud acta rectoris provincie sive sine actis scriptura intercedente vel non, transactio imposita, hac servari convenit. *L. 28, Cod. h. tit. Pothier de transac. tit XV.*»

Textos que dicen lo siguiente:

Una transacción es una convención por la cual se da, se promete ó se retiene alguna cosa con el fin de terminar una controversia ya nacida ó de impedir que surja.

Difiere, pues, de la convención por la cual se da, porque se transige sobre cosa dudosa, incierta, y aun no decidida judicialmente; mientras que el objeto de un pacto de donación es una cosa cierta no contestada, que se cede por liberalidad.

Dos cosas entran, pues, en la sustancia de una transacción. 1ª que haya una cosa dada, prometida ó retenida . . . . 2ª que lo que se da, promete ó retiene sea para extinguir una controvercia . . . . Y es indiferente que el proceso haya ó no comenzado.

No hay forma determinada para la transacción, y puede transigirse válidamente de muchas maneras diferentes, lo cual hace decir á *Ulpiano* que para que una transacción tenga toda su fuerza obligatoria no es necesario que se haya empleado la estipulación aquiliana, sino que basta que las partes hayan consentido en élla por un pacto.

En consecuencia no es necesario que sea escrita. De aquí que *Alejandro* diga etc.

Por eso también *Dioclesiano* y *Maximino* dicen: Si una transacción es acabada, ya se extienda *apud acta* ante el Gobernador de la provincia, ya esté ó no escrita, debe ser observada.

Non minorem antoritatem transactionum quam rerum judicatorum esse recta ratione placuit. Si quidem nihil ita fidei congruit humane quam ea quœ placuerunt custodiri. *L 20, Cod. hi tit. Diocle. et Maxim Pothier tit. XV De transact.*

Con justicia se ha decidido que las transacciones tienen la misma fuerza de la cosa juzgada. Nada, en efecto, es más conforme á la buena fe que debe reinar entre los hombres que observar como ley lo que éllos mismos se han impuesto.

EXPLICACIONES.

Conformidad con el artículo 23. Ya el Código en su Título Preliminar, artículo 23, dió al Juez de Primera Instancia la facultad de llamar á las partes ante sí en cualquier estado del juicio, para procurar que se concilíen, bien sobre lo principal, bien sobre algún punto del procedimiento mismo. Consecuente con ello, ahora en el artículo 208 le confirma al Juez dicha facultad; expresando que ha de ser antes de la sentencia de la primera instancia, como es natural, y

Digitized by Google

con tal que no se trate de materias en las cuales estén prohibidas las transacciones.

No quiere esto decir que la conciliación no pueda efectuarse expontáneamente, sin excitación del Juez. Nó: la conciliación, como todo convenio de partes, es de la exclusiva voluntad de éllas, y de éllas sólo depende. En cualquier tiempo, en cualquiera instancia, aun en estado de ejecución, pueden, si está en su voluntad, si llegan á acordarse, celebrar un arreglo, conciliarse, transarse.

Objeto humanitario de la ley. La ley quiere con esas facultades que dá al Juez, mostrar el interés de la justicia en procurar la paz de los ciudadanos, establecer el medio de que el Poder público llene la misión humanitaria de atraer á la vía de la calma y de la reflexión, á aquellos á quienes las pasiones y los intereses pueden tener extraviados y en la senda de la ruina y de los odios ó de las prevenciones exageradas ó indebidas. Es esa facultad bien intencionada la que consagra el artículo para el Juez que está presenciando la lucha en la instancia donde se verifica el verdadero debate. No se refiere á los Jueces de las instancias superiores, porque ya las oportunidades han pasado para el objeto, y su misión es más de revisión que otra cosa. Pero en manera alguna priva á las partes de su pleno derecho á conciliarse en cualquier tiempo; como tampoco les limita en su acción, que puede extenderse á todo el proceso, ó solo á algunos puntos de él, y aun á facilitar el procedimiento.

La conciliación es especie del contrato de transacción. La conciliación de que aquí tratamos, es una de las dos especies en que se divide la *transacción*, materia del Título XII, libro 3°. del Código Civil. Este en su artículo 1670 dice: «La transacción es un contrato en que las partes, dando, prometiendo ó reteniendo cada una alguna cosa, terminan un litigio pendiente, ó precaven un litigio eventual.» Transacción que termina un litigio pendiente es lo que especialmente llamamos conciliación, extendiéndola ó llevándola al mismo proceso, y más si ha sido á excitación del Juez. Convenio que precave un litigio eventual, ó que aun terminando un litigio pendiente, se hace fuera del expediente, por acuerdo de las partes, lleva el nombre genérico de transacción. Pero ni una ni otra dejan de ser la transacción reglada por el dicho título del Código Civil.

Capacidad. El artículo del procedimiento en cuyo estudio nos ocupamos exige que las partes tengan la capacidad de disponer del objeto sobre que versa la transacción, de acuerdo con el Código Civil que lo exige también. La materia de los litigios es tan varia que en ocasiones es solo de dinero, otras de cosas raíces, otras de cosas muebles, y á veces de un conjunto de cosas ó de derechos que comprenden unas y otras, ó prestaciones diversas. La ley no puede entrar en esos detalles: y dá reglas generales. Es preciso, dice, que se trate de materias en que las transacciones no estén prohibidas. Es preciso también que las partes puedan disponer libremente del objeto sobre que versa la controversia, y sobre que naturalmente se celebra la conciliación, en que cada cual cree tener derecho. Una de éllas ha de ceder á la otra, ó ambas ceden para que la cosa pase á tercero. Hay una verdadera enagenación de derecho para el que cede, un desprendimiento positivo de lo que cree tener, mediante alguna compensación. No es posible, pues, hacerlo sin tener la libre disposición de las cosas. Por eso, el menor, el entredicho, el inhabilitado, la mujer casada, y todo aquel que no tiene la libre disposición de sus bienes no pueden celebrar válidamente conciliación ó transacción. Pero como éllos están representados por sus respectivos tutores, curadores, maridos, y las demás personas designadas por la ley, la transacción ó conciliación se hace posible por medio de esos representantes legales, si es de necesidad ó utilidad para sus intereses. Entonces requiere la ley la aprobación judicial, que según las reglas consignadas en el Código Civil, no puede darse sino previa la comprobación bastante de aquella necesidad ó manifiesta utilidad.

Materias no prohibidas. Volvamos á la otra exigencia de la ley; que no se trate de materias en que estén prohibidas las transacciones. Natural es que por vía de conciliación no pueda hacerse lo que el derecho reprueba.

Digitized by Google

En virtud del artículo 4° del Código Civil no pueden renunciarse ni relajarse las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público ó las buenas costumbres. Pues claro y jurídico es, que no pueda consumarse un divorcio ó separación de cónyuges, ó la disolución de un matrimonio, ó capitulaciones matrimoniales extemporáneas ó contrarias á las prohibiciones legales, ó pactos sobre herencia futura, ni en general convenios prohibidos, por medio de conciliación ó transacción. El tribunal no podría tenerla por hecha, y menos aprobarla.

Acta de conciliación. Pasa después el artículo 209 á la forma externa; y dispone que cuando las partes se hayan conciliado se extienda una acta que contenga lo convenido, y que suscriban el Juez, el Secretario y las partes. Agrega, que si alguna de éstas no sabe ó no puede firmar, lo haga un tercero á su ruego, indicándose esta circunstancia en el acta. Se vé por los términos de la disposición, que el legislador quiere un acto formal, cuya autenticidad no sea dudosa, como pasado ante el Tribunal mismo y suscrito por las propias partes, hasta el punto de que si alguna no sabe ó no puede firmar concurra un tercero que lo haga á su ruego. No llenaría las miras del legislador extender la conciliación por diligencia ante el Secretario; porque él pide mayor formalidad, como que se trata de un acto tan trascendental que termina el juicio en cuanto abraza la transación, y hace las veces de sentencia. Consecuente con tal doctrina legal, si la transacción ó conciliación se verifica en un acto ante ante un Tribunal Colegiado, una Corte Superior ó Suprema, el acta que la contenga deberá ser suscrita por el Tribunal todo. Pero si no es un acto pasado en el Tribunal reunido, sino que van á extenderlo las partes, bastará á nuestro juicio, que se haga ante el Juez que sustancia, con su Secretario, pues así no es dudosa la autenticidad; sin perjuicio de que luego todo el Tribunal providencie dando por hecha la transacción. ¿Por qué ha de darse mayor fe á un Juez de 1ª instancia, de distrito ó de parroquia con su Secretario, que al Présidente de una Corte, asistido del suyo, cuando él es el sustanciador según la ley? El artículo dice: «acta que será firmada por el Juez, el Secretario y las partes.» Pues queda cumplido el propósito, el espíritu de la disposición.

Fuerza de la conciliación. El artículo 210 declara finalmente que la conciliación dá fin al pleito y tendrá los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada. Entiéndese que es en todo lo que élla comprenda; pues si solo es en parte, como puede ser, no abraza lo demás, que queda *sub-júdice.*

Estan por tanto, acordes, el derecho patrio, el español y el romano en esa doctrina, que da á la conciliación fuerza de cosa juzgada. ¿No es aquella, la decisión por voluntad de las partes mismas, nó es la sentencia en que están de acuerdo?—*Nihil ita fidei congruit humanæ quam ea quoæ placuerunt custodiri.* Nada más conforme á la buena fé que debe reinar entre los hombres, que observar como ley lo que ellos mismos se han impuesto.—Eso lo dice todo.

Pero repetimos que esa fuerza se limita á la materia, á la cosa sobre que la conciliación recae y nó más, á las partes que la celebraron, y nó á tercero. Si élla comprende toda la materia de la litis, ésta queda definitivamente ter minada: si sólo parte, á élla únicamente se limita.

Costas. El mismo espíritu que guía á las partes al conciliarse, y la circunstancia de que la imposición de costas en nuestro derecho se regla por la temeridad, son suficientes para entender, que cuando en la conciliación las partes han guardado silencio respecto de costas, han querido que cada cual cargue con las suyas. Tal ha de ser la regla.

No hemos hablado aquí de las facultades de los apoderados para celebrar conciliación ó transacción, porque de ello tratamos en el Título sobre las partes; ni nos hemos extendido á comparar nuestro sistema de conciliación con el de otros países, por ser materia que reservamos para el estudio sobre contestación y conciliación, en el Libro Segundo.

Digitized by Google

TITULO XI

DE LA PERENCION Y DEL DESISTIMIENTO.

SECCION 1ª

De la Perención.

Art. 211. Toda instancia se extingue por el trascurso de cuatro años sin haberse ejecutado durante éllos ningún acto de procedimiento, por motivos imputables á las partes.

Art. 212. La perención tiene lugar también contra la Nación, los Estados, los establecimientos públicos, los menores y cualquiera otra persona que no tenga la libre administración de sus bienes, salvo su recurso contra sus representantes.

Art. 213. Cuando se quiera continuar la instancia, el que pretenda aprovecharse de la perención debe proponerla expresamente antes de todo otro medio de defensa, entendiéndose que la ha renunciado si no lo hiciere así.

La perención no tiene lugar en primera instancia contra la voluntad del demandado.

Art. 214. La perención en primera instancia no extingue la acción ni los efectos de las decisiones dictadas, ni las pruebas que resulten de los autos, pues no hace más que extinguir la instancia.

Cuando el negocio en que se verifique la perención se halle en apelación, la sentencia apelada quedará con fuerza de cosa juzgada.

ESTUDIO 73.

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—Los cuatro artículos á que vamos á contraerno los 151, 152, 153 y 154 del Código de 1880, iguales á los 149, 150, y 152 del de 1873.

Fuera de lo que diremos sobre apelaciones en Colombia, no hay ni antecedente, ni en el Código de 1838 ni en aquellas leyes respecto de per-

Digitized by Google

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 9, tit. 6º Part. 6ª* «E mandamos que tales contiendas como estas, que acaesen en razon del inventario, que las libren los judgadores que oviesen de fazer, á lo más tarde fasta un año, como quier que los otros pleytos que son llamados en latin civiles, pueden durar á lo más fasta tres años e los criminales fasta dos.»

DERECHO ROMANO.—«Properandum nobis visum est ne lites fiant pene inmortales et vitæ hominum modus exedant . . . . . præsentem legen super his per orben terrarum, nullis locorum vel temporum angustiis coarctandam, ponere.»

«1. Censemus itaque omnes litis super pecuniis quantacumque quantitatis, sive super conditionibus etc . . . non ultra trienii metas post litem contestatam esse protrahenda.»

Textos que dicen:

Temeroso de que los procesos se hagan casi eternos y sobrepasen la vida humana . . . nos ha parecido necesario, para activar su marcha, establecer en todo el universo la presente ley que no será retringida en ningún caso ni en ningún lugar.

Es por eso que ordenamos que todos los procesos intentados, ya sobre cualquiera cantidad de dinero, ya etc . . . sean terminados en el espacio de tres años, á contar de la contestación.

EXPLICACIONES.

Origen de la perención. Dice *Merlín* que según la opinión común, la perención trae su origen de la ley *properandum 13 Cod. de judic.*, arriba copiada; pero que observando *Hevin* en su *Disertación sobre la perención*, que aquella ley romana no atribuía ningún efecto que tuviera relación con la apelación, á la falta de sentencia en el término que élla fijaba, creía más bien que era de *jus vere gallicum*, de derecho galicano. No obstante, no puede fijarse cuando fuese introducida en Francia, porque la más antigua ordenanza relacionada con élla, que es la de *Felipe el Hermoso* la suponía ya introducida y en uso.

Nada encontramos en las leyes españolas que se relacione con la perención, á parte de la Ley de Partida atrás copiada, que adoptó el mismo lapso de la ley *properandum*, y fuera de lo que citaremos oportunamente acerca de la deserción de la apelación. Y tampoco existe nada en la legislación patria anterior á 1873, pues fué en el Código de ese año que vino á introducirse en nuestro derecho procesal aquella institución del francés.

Qué es la perención. Conforme á nuestro artículo, la perención *(de perimere)* no es otra cosa que la extinción de la instancia por no haberse efectuado ningún acto de procedimiento durante cuatro años, por motivos imputables á las partes.

Preciso es, pues, que se trate de una instancia (primera, segunda ó tercera). Por tanto después de librada sentencia definitiva que se ejecutoríe, ó sea en el estado de ejecución, no puede ya haber perención; y los derechos que confiera á las partes ese fallo definitivo solo quedan sujetos á la pres- ción, por el tiempo que trascurra. Idéntica cosa ha de decirse de todos ellos actos que, según la ley, acaban el juicio y tienen fuerza de cosa ada, lo mismo que respecto de los recursos de Casación, por no ser con- dos como instancias de las causas.

é comprende la perención Cada instancia comprende todos sus incidentes, yendo las demandas reconvencionales y accesorias; de suerte que la pe- ón se refiere al todo del procedimiento, y nó á ningún incidente sepa- n otros términos, requiere la paralización total del proceso.

Digitized by Google

A quiénes comprende. Sea cual fuere el asunto, civil ó comercial, y sean cuales fueren las personas interesadas, menores, mujeres casadas, entredichos, inhabilitados, etc., la perención puede tener efecto. Pero es de advertir que en los arbitramentos no hay perención posible, porque los árbitros no tienen sus poderes sino durante el tiempo fijado en el compromiso.

Como se opera la perención. La perención no se verifica de pleno derecho, ni puede suplirse por el Juez. Debe ser pedida expresamente por la parte; y por más que haya corrido el lapso de los cuatro años, puede ser cubierta ó impedida por un acto formal de un interesado, mientras no haya sido solicitada. Esa solicitud de perención viene á ser un incidente de la causa, sujeto como parte de la correspondiente instancia, á perención también, según lo ha decidido la Corte de Casación francesa (Cas. 19 diciembre de 1837.)

El término de los cuatro años empieza á correr desde el último acto de procedimiento, con tal que tenga fecha cierta. Si carece de fecha, ó si ésta es incierta, siempre sería posible la declaratoria de perención, haciendo el interesado prueba concluyente de haber corrido los cuatro años, como por ejemplo, con la demostración fehaciente de que el Juez ó Secretario que actuaron en el acto sin fecha ó de fecha incierta, dejaron de ser tales funcionarios cuatro ó más años antes de la solicitud de perención.

Diferencia entre la perención y la prescripción. La perención de la instancia no debe confundirse con la prescripción de la acción. Aquella se limita al procedimiento, y se rige por las disposiciones que estamos examinando; mientras que la prescripción de la acción se refiere al derecho mismo, y se rige por las disposiciones correspondientes del Código Civil. Ambas siguen su curso independientemente la una de la otra, sea cual fuere el lapso á que esté sujeta la prescripción, es decir, aun cuando fuere menor que el de la perención: verbi-gracia, si la acción intentada es la de suplemento ó disminución de precio en una venta á la medida, la prescripción es de un año, pero la perención de la instancia necesitará siempre los cuatro años. De modo que puede suceder que declarada la perención por la falta de acto de procedimiento durante cuatro años, se encuentre el actor, que su acción está ya prescrita, al ir á intentar de nuevo su demanda. Sólo en el caso de que la falta de actos de procedimiento se haya extendido á treinta años, dicen *Rousseau y Laisney* en su Diccionario, citando varias sentencias y algunas autoridades, se verifican á la vez la prescripción de la acción y la perención de la instancia; y entonces no es necesario pedir ésta para invocar la prescripción después. Pero debe tenerse presente respecto de esa doctrina que en derecho francés la prescripción es de treinta años, tanto en las acciones reales como en las personales, mientras que entre nosotros es de treinta en aquéllos, y de veinte en éstas; diferencia que debe tenerse en cuenta en la práctica, al aplicar dicha doctrina.

Nuestro artículo exige que no se haya verificado *ningún acto* de procedimiento en los cuatro años, por *motivos imputables* á las partes. Estudiemos esos dos puntos.

Cuales son los actos. ¿Cuáles son esos actos, ó qué es lo que ha de tenerse por tales? Según *Dalloz* toda gestión de quien figure en la instancia, demandante, demandado, garante, etc., sea ordenada, sea autorizada por la ley, cualquiera que fuere su objeto, siempre que indique la voluntad de no dejar extinguir la instancia. La gestión debe ser regular en la forma, como en un escrito anotado, en una diligencia ante el Secretario. De modo que si fuere viciosa en la forma, como en carta privada, ó fuera de aquel juicio, ó si fuere extraña ó inútil á la marcha del procedimiento, por ejemplo, una simple declaratoria de no haber muerto, etc., no obsta para el curso de la perención.

Y no se habla aquí de autos, decretos ó providencias, librados por el Tribunal; porque no pudiendo dictarse de oficio, su existencia misma está comprobando que algún interesado gestionó ó activó el asunto, para que se providenciase.

Digitized by Google

Presunción contra la parte. En cuanto á *motivos imputables á las partes*, como éstos no necesitan gestionar personalmente, pudiendo hacerlo por apoderados, la presunción es que la falta de gestión les es imputable, por ser voluntaria; y caso de pretender lo contrario, tendrían que hacer prueba concluyente de la imposibilidad en que han estado.

¿Cuál sería esta?

Prueba que excusa. Merlin presenta la cuestión en estos términos: ¿La descontinuación del procedimiento durante el tiempo legal, extingue la instancia cuando es efecto de fuerza mayor? «Esta cuestión, dice, puede presentarse en dos casos: en aquel en que la fuerza mayor resulta, ya de una ley, ya de un acto de Gobierno que tenga fuerza de ley; y en aquel en que resulta de un puro accidente.»

«Respecto del primero, dice, no es dudoso que suspende el curso de la prerención, y cita el decreto de 19 mesidor, año 11, por el cual el Gobierno consular suspendió todas las instancias empeñadas para esa época, por ingleses contra franceses, hasta la paz.» En el mismo sentido cita el *Diccionario de Procedimiento* tantas veces aludido, los decretos de 8 de setiembre y 30 de octubre de 1870, por los cuales se suspendieron las perenciones en materia civil, durante la guerra de 70 á 71.

En cuanto al segundo punto están también de acuerdo los autores en que toca á los Tribunales apreciar soberanamente las circunstancias del caso, pues no basta para suspender el curso de la perención, cualquier cambio en la organización de la administración de justicia, sino acontecimientos como guerra y peste y otros que imposibiliten la marcha del Tribunal donde pende la instancia, y eso durante la imposibilidad.

Comprende hasta los incapaces. En rigor, es consecuencia de lo establecido ya, la disposición del articulo 212. Pero para ser más explícito el legislador declara en éste que no hace excepción de persona alguna, ni aun de aquellas que bajo otros respectos, gozan de ciertos privilegios ó de cierta protección legal, como menores, mujeres casadas, la Nación etc.

Por supuesto que ha de entenderse que las personas á que el artículo se refiere, están representadas legalmente en la instancia; pues de lo contrario, esto es si no fueron citados legalmente, como el juicio sería nulo, no podría correr la perención.

Como se cuenta el término. Hemos dicho ya que los cuatro años de la perención empiezan á contarse desde el último acto de procedimiento que existe en autos, de manera que cada nuevo acto cancela la cuenta anterior para volver á principiar entonces; y sólo cuando han corrido los cuatro años sin acto alguno, llega el momento de pedir la declaratoria de perención. Si la solicita el demandante, el demandado puede oponerse, si es en primera instancia; pues que la ley dispone que no tenga lugar contra su voluntad, en razón de que, por su posición de demandado, no ha tenido interés en activar pues está en poseción de la cosa ó derecho que se le disputa, y puede al contrario convenirle que aquel juicio termine. Y sí la pide el demandado, ha de tener cuidado de no hacerla preceder de ninguna solicitud sobre continuación, ó como medio de prueba, toda vez que la ley manda proponerla antes de toda otra defensa, y que se entienda renunciada si no se ha hecho así.

Prelación en las solicitudes. Bien pudiera suceder que el demandante pidiese la continuación de la causa, en la misma fecha en que el demandado solicitase la declaratoria de perención. En tal caso, si han extendido diligencias en la misma pieza de autos, una después de otra, el orden en que están, decidirá sobre la prelación de una respecto de la otra. Si las solicitudes se

Digitized by Google

hicieron en escritos, se atenderá á la hora de la presentación, anotada por Secretaría, para establecer la prelación. Pero si no hubiere la constancia, las partes podrán hacer las pruebas conducentes, que apreciará soberamente el Tribunal; advirtiendo que cuando en alguna de las solicitudes existiere la anotación por Secretaría, de la hora de presentación, la prueba contraria no podría desvirtuar con testigos la verdad de la anotación, pero sí tender á establecer que el otro acto ó solicitud fué anterior al de la nota, pues ésta tiene toda la autenticidad y fuerza probatoria de que dá fe la Secretaría. *(Rouseau y Laisney, Diccionario.)*

Actos suspensivos de la perención. Los actos de que hemos hablado son interruptivos de la perención. La ciencia reconoce otros que son solo suspensivos, esto es, que durante el período á que éllos se extienden, queda en suspenso la cuenta de los cuatro años, para continuarse después que aquél concluye. Tales son los convenios de las partes en los cuales expresa ó implícitamente establecen la suspensión temporal del curso de la causa; las transacciones hechas, y que luego fuesen declaradas nulas, pues la perención volvería á correr después de la nulidad; los compromisos arbitrales en la instancia, pero que no llegan á tener efecto; y todos aquellos actos en que las partes no pueden gestionar ó activar porque la ley ordena la suspensión por determinado tiempo, por ejemplo en el caso de competencia entre Jueces en que la ley manda suspender el curso del asunto principal; el de abrirse juicio de falsedad en el Tribunal del Crimen sobre un documento demandado civilmente, en que también la ley manda esperar el fallo del proceso criminal; y otros semejantes. La suspensión de la perención no pasa del período en que haya de estar legalmente en suspenso el procedimiento. Concluido ese período, continúa el curso de la perención, en todo el tiempo en que las partes, ya en capacidad de activar, no lo hagan, hasta consumarse ó interrumpirse.

Formalidad de la solicitud. Nuestra ley no somete á ninguna forma ni á ninguna solemnidad la solicitud de declaratoria de perención, á diferencia de la ley francesa que exige formalidades que han de llenarse, algunas bajo pena de nulidad. En ese punto las doctrinas francesas son inaplicables entre nosotros; y aquí podrá, por tanto, hacerse la petición, bien por un escrito, bien por diligencia en el expediente mismo del pleito.

Sustanciación de la incidencia. En cuanto á sustanciación, son simplemente las formalidades de toda incidencia las que han de observarse. Se cita, pues, á la otra parte, por lo mismo que el proceso viene paralizado, para que se instruya de la solicitud de perención; se oye su contestación, si la diere; se abre á pruebas por ocho días, si alguna de las partes lo pidiere para probar hechos que alegare, como de fuerza mayor ú otros pertinentes; y caso de no pedirse se procede como en punto de mero derecho; se hace relación y se oyen informes, y se decide la incidencia, como cualquiera otra. Y la apelación que se interpusiere deberá oírse libremente, como que el fallo es de los que tienen fuerza de definitivos.

Efectos de la perención. Antecedentes. Pasemos á los efectos de la perención; y para ello traigamos aquí los antecedentes colombianos, españoles y romanos que se relacionan con la deserción de la apelación.

Ley de Colombia de 1825:

«Art. 82. Admitida la apelación, el juez señalará en el mismo auto de su concesión, el término dentro del cual la parte apelante debe ocurrir á la Corte Superior á mejorar su recurso.»

«§ único. Este señalamiento, entre tanto que por una ordenanza general se fijan los términos, se hará prudencialmente, atendida la mayor ó menor distancia de la residencia del apelante á la Corte Superior.»

Digitized by Google

«Art. 83. Si pasado el término doble del que se señaló, la parte apelante no hubiere presentado la correspondiente certificación de mejora, el juez hará llevar á efecto su determinación, á solicitud de parte legítima.»

DERECHO ESPAÑOL.—*Lei 23, tit. 23, Part. 3ª* «Seguir debe la parte el alçada quando la tomare, al plazo qne le pussiere el judgador. E si por aventura el juez non pussiese plazo a que la siguiesse, mandamos que sea tenudo el que se alçó, de seguir el alçada fasta dos meses, e si en este tiempo non la siguiere, finque el juyzio de que se agravió, por firme.»

Ley 3ª título 20 lib XI Nov. Recop. «Seguir debe la alçada la parte que se alçare, al plazo que le pusiere el judgador, y parecer con el proceso ante el juez de la alçada; y si el Juzgador no le puso plazo en que se presente, mandamos que sea tenido el que se alçó de la seguir y se presentar ante el Rey hasta cuarenta días, si fuere allende los puertos, y si fuere aquende los puertos hasta quince días, y si fuere el Rey en la Villa hasta tercero día . .»

DERECHO ROMANO.—«Intra certa tempora appellationis causa ante judicem appellationis introducenda et absolvenda est. Quoe tempora varía fuere, pro varietate causarum et distantia locorum.»

«Ex suscepta appellatione, aut, si suscepta non fuisset, ex die qua appellator querimoniam deposuisset, currebat hoc tempus: hujusque ultimus diez dicebatur *fatalis* quià eo elapso lis perimebatur. Si tamen appellator exidisset sine culpa sua, reparatio ei concedebatur. Hœc reparatio adversario denunciari debebat; et si adhuc sine culpa exidisset appellator á reparato tempore altera reparatio ei concedebatur. Nunquam dabatur tertia. Sed si geminus lapsus culpa judicis exidisset, judex litis estimatione mulctabatur. *L. ult Cod. Theo. II 31 de repar appell.*»

«Ex constitutione autem Theodosi et Valentine quam á rectore provinciæ vel alio spectabili judice appellatur primi fatalis diei tempus sex mensium est; quo etc.»

«Ex constitutione autem Justiniani primus fatalis dies qui erat sex mensium obtinet quidem quum ex provincies longinquis (quœ in hac lege enumeratur) appellatio interponitur; ex vicius autem provinciis appellatione interposita, tempus illud est duntaxat trimestre. *L. fin Cod—7—63 de temp et repar. appell.*»

Textos de *Pothier, vol 21. lib 49. D.* que dicen:

La causa de la apelación debe ser introducida ante el Juez en cierto espacio de tiempo determinado.

Este lapso varía según la diferencia de las causas y la distancia de los lugares.

Desde que la apelación es recibida, ó si no lo ha sido, desde el día en que el apelante presenta su querella, esto es, hace su reclamación, ese tiempo comienza á correr; y el último día de ese plazo era llamado *fatal*, porque su expiración determinaba la perención del proceso ó de la contestación. Si no obstante el apelante dejaba expirar este término, sin culpa, se le reponía. Esta reparación se notificaba al adversario; y si el apelante volvía á dejar correr el lapso sin su culpa, se le acordaba otra reposición. Pero jamás se daba una tercera reparación. Sin embargo, si era por culpa del Juez, que había expirado por dos veces el término, éste era condenado en la estimación del proceso.

Según una constitución de Teodosio y Valentiniano, cuando se apelaba de un Gobernador de provincia ú otro Juez notable, el término fatal era de seis meses etc.

Mas en virtud de una constitución de Justiniano el término fatal de seis meses se entendía cuando los apelantes habitaban provincias lejanas, como las que en la ley se enumeraban; pero era solo de tres meses cuando eran de provincias vecinas.

Digitized by Google

Hemos querido hacer conocer, por medio de los antecedentes expuestos, el proceso de las apelaciones según el derecho romano, seguido luego en el derecho español que nos rigió, y aun adoptado en Colombia. En verdad tiene similitud aquella deserción en que caía la apelación, pasado el tiempo para mejorarla sin haberlo hecho, que dejaba entonces ejecutoriado el fallo, con lo que dispone nuestro Código respecto de la perención, cuando el negocio en que ésta se verifica está en apelación.

Efectos en la instancia. Nuestro artículo 214 señala primero los efectos de la perención en primera instancia, y dice que son únicamente anular la instancia pero sin extinguir la acción, ni los efectos de las decisiones dictadas, ni las pruebas hechas. De manera que solo viene á tierra la armazón, la liga jurídica que en virtud de los diversos lapsos venían formando los distintos elementos de inquisición de la verdad; conservándose intactos esos elementos. Es como una máquina que se desmonta; sus piezas quedan ahí, pero sin la disposición, trabasón ó engranaje que tenían para funcionar y dar su resultado.

No tiene efecto sobre la acción. No obra la perención sobre la acción, que como hemos dicho, solo está sugeta á la prescripción; y queda por lo mismo, ó viva y en disposición de volverse á intentar, si no ha prescrito; ó extinguida si en realidad se ha efectuado la prescripción. No produce la perención otra novedad en cuanto al tiempo, sino la de que, como la instancia se anula, la prescripción, cuyo curso se había interrumpido por la demanda, resulta haber estado corriendo durante la instancia ó procedimiento anulado.

Y no destruye tampoco los efectos de las decisiones dictadas, ni las confesiones, los documentos, las declaraciones de testigos, las vistas oculares, las experticias y cualquiera otra prueba evacuada válidamente, las cuales pueden utilizarse en el nuevo juicio, si se intentan.

Doctrina francesa é italiana. Esa doctrina nuestra no es la de la legislación francesa, pues ésta nada deja en pié del procedimiento, por la perención. Todo cae, decisiones y pruebas, como si no hubieran tenido lugar. Los itialianos pensaron que era un rigor infundado é inútil, eso de destruir cuanto había sido hecho en un debate legítimo entre dos partes que habían estado sosteniendo sus respectivos derechos; y se separaron de la doctrina francesa, estableciendo lo que dice nuestro artículo, que fué tomado del Código italiano.

Efectos cuando hay apelación. Ahora cuando el negocio en que se verifica la perención está en apelación, sea de segunda, sea de tercera instancia, los efectos que élla produce son enteramente distintos; pues entonces la sentencia apelada queda con fuerza de cosa juzgada, de suerte que es la apelación la que se anula ó extingue. En el antiguo derecho nuestro se decía que la apelación quedaba desierta. Racional es la doctrina legal sobre el punto; porque siendo el objeto de la apelación, el exponer el apelante ante el Superior los agravios que á su derecho hubiere inferido el fallo apelado, para que los corrigiese, el hecho de abandonar su gestión durante cuatro años, es motivo bastante para deducir que no quiere ó no puede sostener el recurso intentado.

SECCION 2ª.

Del desistimiento

Art. 215. En cualquier estado del juicio puede el demandante desistir de su acción, y el demandado convenir en la demanda.

Digitized by Google

El juez dará por consumado el acto, y se procederá como en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sin necesidad del consentimiento de la parte contraria.

El acto por el cual desiste el demandante de su acción ó conviene el demandado en la demanda, es irrevocable aun antes de la declaratoria del tribunal.

Art. 216. Si el desistimiento se limita al procedimiento, no puede tener lugar sin el consentimiento de la parte contraria; pero el demandante puede retirar su demanda sin este consentimiento, antes del acto de la contestación, salvo al demandado su derecho por razón de retardo ú otro motivo, si hubiere lugar á ello.

Art. 217. El que desiste ó retira la demanda pagará las costas, si no hubiere pacto en contrario.

El que conviniere en la demanda en el acto de contestación las pagará si hubiere dado lugar al procedimiento, y si fuere en otra oportunidad, las pagará igualmente, si no hubiere pacto en contrario.

Caso de que las partes estén en desacuerdo respecto de la primera parte del párrafo anterior, el juez abrirá una articulación por ocho días para decidir sobre las costas.

ESTUDIO 74.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Los artículos copiados son el 155, 156, y 157 del Código de 1880, con modificaciones este último; iguales á los 153, 154 y 155, del de 1873, que también tuvo modificaciones.

Derecho Español y Derecho Romano.—No encontramos disposiciones especiales en estas legislaciones sobre los puntos de que tratan aquellos artículos.

EXPLICACIONES.

Razón de la disposición. El primero de los artículos á cuyo estudio vamos á contraernos, reconoce en el demandante el derecho de desistir de su demanda en cualquier estado del juicio, y en el demandado el de convenir en la demanda, también en cualquier estado del juicio.

Es esta declaratoria, consecuencia jurídica del derecho de propiedad, consagrado en nuestras leyes y garantizado en nuestra Constitución. Las acciones para reclamar ó sostener los derechos reales ó personales que creemos tener ó para defendernos, son parte de nuestro patrimonio, se estiman como bienes, y son de la libre disposición de quien las tiene. Necesario es, pues, que esté á nuestro arbitrio el hacer de ello lo que tengamos á bien, y podamos desistir de la acción ó de la defensa en todo tiempo, en toda instancia, desde que se inicia

Digitized by Google

el pleito y mientras esté pendiente. No es solo el respeto á la propiedad el que exige que así sea; es también la necesidad de la libertad de acción, para poder seguir los dictados de la conciencia y atender á la propia conveniencia. Quizás el demandante ó demandado se han convencido de estar en el error; quizás han encontrado preferible para sus intereses renunciar al pleito y aun pagar algunos gastos, á exponerse á mayores riesgos ó mayores dispendios; y justo es que no encuentren trabas en la ley para separarse de un camino que sus convicciones reprueben ó su propia conveniencia rechace. *Sapientium est mutare concilium.*

Desistir y convenir qué es? Desistir de la acción, es separarse del derecho que se creía tener y del medio legal intentado para hacerlo efectivo, es abandonarlo para siempre, desprendiéndose de él en absoluto. Y convenir en la demanda, es reconocer el derecho del reclamante, aceptar la obligación cuyo cumplimiento exige, y renunciar á las excepciones y defensas que se han opuesto y pudieran oponerse. Por eso la ley tiene tales actos como irrevocables, por ser obra expontánea de la voluntad de quienes exclusivamente dependen, sin necesidad del consentimiento del contrario. Y por eso también dispone el artículo que el Juez dé por consumado el acto, y se proceda como sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. En verdad que éllos son el fallo dado por la misma parte.

Condición primera. Personalidad. Pero por lo mismo que son actos expontáneos de la voluntad soberana del interesado, es preciso estar en el goce de esa voluntad, ó sea de la libre disposición, del uso pleno de los derechos civiles. Y como no tienen ese goce, ni el menor ni el entredicho, ni el inhabilitado, no pueden éllos llevar á cabo tales actos. Son sus representantes legales los llamados á ello, pero no con la libertad de quien dispone de lo propio, sino llenando la formalidad á que les somete expresamente la ley, que es, la de obtener la autorización judicial. En cuanto á la mujer casada, élla necesita autorización marital ó judicial para estar en juicio; y aun teniéndola no puede extenderse válidamente á actos que excedan de la simple administración. Si los de que tratamos envuelven enagenaciones de inmuebles y aun de muebles preciosos, necesitarán la autorización marital y también la del Juez.

En cuanto á los apoderados, ya dijimos en nuestros Estudios del Título de las partes, las facultades que tienen, en cuanto á desistimiento y convenio en la demanda; y á ello nos referimos.

Orden público y buenas costumbres. Pero fuera de la personalidad legal, se necesita algo más para la validez de los actos á que nos contraemos; y es, que en éllos no estén interesados el orden público ó las buenas costumbres, cuyas leyes no pueden derogarse ni relajarse por convenios particulares. Por acuerdo de las partes, ni por asentimiento de éllas, puede consumarse la nulidad de un matrimonio, ni un divorcio, ni separación de bienes, ni las cuestiones de estado, ni ningún pacto prohibido por la ley. Y aunque la práctica acepta en general como válido el desistimiento de una demanda de divorcio, lo tiene por nulo siempre que aparezca como el resultado de un concierto para llevar á cabo amigablemente un divorcio. Los tribunales franceses han decidido que no puede desistirse de una demanda de interdicción, ni tampoco puede desistir aquel cuya interdicción se ha pedido, de la apelación interpuesta contra la sentencia que la acuerde. El orden público está ahí de por medio.

Materias divisibles é indivisibles. Cuando los demandantes son varios, si la materia es indivisible, el desistimiento de uno, no impide á los demás seguir la acción en cuanto al todo. Mas si es divisible, los que no desisten quedan en plena libertad de seguir en cuanto á su parte ó derecho.

El desistimiento ha de ser puro y simple. El desistimiento de la acción no es aceptable, si no es puro y simple; pues no puede el adversario quedar

Digitized by Google

expuesto á un proceso ulterior, (*Carrè* y *Chauveau*, *St. Prix*, *Hautfeuville*,) teniéndose por nulo, el sujeto á condición, ó el hecho bajo reservas.

Puede ser de todo ó parte. Pero no quiere eso decir que el desistimiento ó el convenio en la demanda haya de ser del todo de ésta, y que no sean admisibles el de una parte ó punto de élla, verbi-gracia, del cobro de intereses, frutos etc. Si por lo demás son legales, no por eso dejan de ser eficaces; porque á quien se concede lo más, no puede negarse lo menos, y así lo hemos visto practicar sin inconveniente.

Forma del desistimiento. Como las consecuencias que atribuye la ley al desistimiento y al convenio en la demanda son las más graves del juicio, desde que les dá fuerza de cosa juzgada, creemos con nuestro comentador *Sanojo*, que tales actos deben revestir la mayor solemnidad de forma aceptada en nuestro procedimiento, que es el de ser extendidos en autos á presencia del Tribunal, y nó por simple diligencia ante el Secretario. La Corte de Casación resolvió el punto en sentido contrario, pero sin alegar razones convincentes, capaces de desvirtuar las consideraciones que hemos apuntado, y que son las mismas de nuestro citado comentador.

Separándose nuestra ley de la doctrina francesa, establece como hemos visto, que el desistimiento y el convenio en la demanda no pueden ser revocados, antes ni después de que el Tribunal los dé por consumados, y que tampoco necesitan el consentimiento de la parte contraria. Eso no obsta para que esta parte pueda hacer oposición cuando exista motivo legal, por ejemplo, cuando no sea puro y simple ó contenga algún vicio. Tiene élla interés indiscutible en la validez de lo que se haga, para no quedar expuesta á pleitos posteriores.

Lo contrario de lo que se ha dicho respecto del desistimiento de la acción, sucede en el caso de desistimiento del procedimiento; pues él no puede tener lugar sin el consentimiento de la parte contraria. Ya notaremos la diferencia entre uno y otro caso.

El artículo 216 es el que se refiere al desistimiento limitado al procedimiento; y después de establecer que necesita el consentimiento del contrario, faculta al demandante para retirar su demanda, sin ese consentimiento, antes del acto de la contestación, dejando á salvo al demandado su derecho por razón de retardo ú otro motivo si hubiere lugar á ello.

Doctrina legal. Explicación. Fijémonos bien en los términos de la disposición, para poder establecer con toda claridad, la doctrina legal que élla contiene. No puede desistirse del procedimiento sino con el consentimiento de la parte contraria. Luego, sea antes de la contestación, sea después, ese desistimiento no produce efecto sin dicho consentimiento. Está, pues, resguardado el derecho del demandado, pues le basta negar su consentimiento, en cualquier oportunidad en que el actor quiera desistir del procedimiento. Pero puede el demandante retirar su demanda sin ese consentimiento del contrario, antes de la contestación, salvo al demandado su derecho por razón de retardo ú otro motivo. ¿Qué diferencia hay entre una y otra cosa, desistir del procedimiento y retirar la demanda? Para nosotros lo primero es abandonar el procedimiento, en la inteligencia de que se tenga por inexistente desde que se inició, como si no hubiera tenido lugar; y la consecuencia jurídica es que la interrupción de la prescripción operada desde la demanda, se tenga como si no se hubiera efectuado: el procedimiento habido, queda como borrado. Ese desistimiento se emplea legítimamente cuando teniendo el actor dos ó más acciones que poder ejercitar ha escogido una, y se ha convencido luego de no convenirle continuarla, sino emplear otra; ó bien si estudiando mejor su negocio, se ha persuadido de no deber enjuiciarlo; ó en fin, cuando circunstancias con que no había contado, como muertes, enfermedades, trastornos económicos, etc., le impiden por entonces seguir su pleito. Escoge desistir del procedimiento, ya con intención de instaurar otra acción, ya con la de reproducir formalmente la misma en otra oportunidad, ó ya para abandonar

Digitized by Google

por completo la idea del pleito. Al demandado le basta sencillamente no prestar su consentimiento para obligar al actor á seguir su juicio iniciado, ó desistir de la acción, si así está en su conveniencia.

Ahora, retirar la demanda es solo suspender su curso, con la intención de reiterarla más adelante si conviniere; y su consecuencia jurídica es que la interrupción de la prescripción operada por la demanda, tiene efecto hasta el momento del retiro, en que vuelve á seguir corriendo; de suerte que no se borra el efecto del procedimiento habido ya. Según *M. Pigeau* (tomo 1º p. 453), se emplea este medio: 1° Si la demanda es nula por defecto de formalidad, caso en que importa retirarla para introducir otra más regular: 2° Si la demanda se intentó ante Juez incompetente, en que conviene el retiro para llevarla ante el competente; y 3° Si la demanda se ha propuesto antes del vencimiento del plazo ó de la condición, en que es obvia la necesidad de retirarla para aguardar el cumplimiento. Y así pudiera suceder en otros casos que no podemos preveer.

Razón para la facultad de retirar. Y se explica que la ley faculte al actor para el retiro de la demanda, sin consentimiento del contrario, solo antes de la contestación, esto es, antes del momento en que por la ley se llama al demandado á oponer sus excepciones previas, sus dilatorias, ó su respuesta al fondo, porque hasta entonces el negocio está todavía íntegro, no se ha oído al demandado, no ha mostrado éste sus armas de combate, y el retiro no le puede perjudicar por ese lado. Pero aunque no se puede oponer con una negativa, la disposición le deja á salvo su derecho por razón de retardo ú otro motivo. Si el actor no reitera pronto su demanda, ó sea su continuación, tiene el demandado expedito el uso de los derechos que le acuerdan los artículos 640 á 645 de este mismo Código, contra las demoras maliciosas del actor.

Diferencias de fondo y de formas. Ya se habrá comprendido, pues, la diferencia radical entre el desistimiento de la acción, que produce cosa juzgada, y esos otros dos medios, que se refieren solo al procedimiento, y que dejan intacta la acción misma. En un caso, queda libre del pleito para siempre el demandado: en los otros nó.

Y por lo mismo que son tan diversas las consecuencias, creemos que el desistimiento del procedimiento y el retiro de la demanda, no necesitan la solemnidad de forma que el desistimiento de la acción, y que basta una diligencia ante el Secretario.

Disposición sobre costas. En cuanto á las disposiciones del artículo 217, final del Título, éllas se refieren á la parte penal. El que desiste, sea de la acción, sea del procedimiento, ó retira la demanda, debe pagar las costas, salvo pacto en contrario. Nada más justo que imponerle las costas causadas por su error ó por su conveniencia, si nó se entiende con su adversario para pactar sobre éllas.

El que conviene en la demanda en el acto de la contestación, debe pagarlas, si hubiere dado lugar al procedimiento; y si fuere en otra oportunidad las pagará también si no hubiere pacto en contrario. Palmaria es así mismo la justicia de hacerle pagar las costas en estos casos, patente como está su temeridad.

Pero como puede suceder que el actor se haya precipitado, que sea él más bien la causa de no haber cumplido el demandado estrajudicial y oportunamente su obligación, la ley previene que en caso de dicidencia se abra una articulación en que se aclare el punto, y se decida en justicia.

Y como puede suceder también que al actor convenga terminar su asunto, aun perdiendo los gastos ó rebajándolos en algo, por un convenio en la demanda, aunque tardío, deja la ley la libertad de pactar sobre costas en tal caso.

Digitized by Google

TITULO XII.

DE LAS AUDIENCIAS, ACTUACIONES Y EXPEDIENTES.

Art. 218. Los tribunales mantendrán á la puerta del Despacho una tablita ó cartel en que se haga saber al público las horas destinadas á la audiencia y las destinadas á la secretaría.

También harán saber al público, por el mismo medio, los días en que sin ser feriados no dieren audiencia, debiendo además poner constancia de ello en el diario de sus trabajos.

Art. 219. Tendrán lugar en audiencia pública, salvo cuando por caso de decencia se ordenare proceder á puerta cerrada, los actos de contestación, de recusación, declaraciones, aceptaciones, experticias y demás en que deban concurrir las partes ó terceros llamados por la ley.

Los actos de estudio y resolución de expedientes y solicitudes serán privados, sin perjuicio de la publicación de las sentencias que se dictaren.

Art. 220. Los secretarios de los tribunales permanecerán en secretaría todo el tiempo que dure abierto el tribunal, excepto aquel en que deban actuar con los respectivos jueces.

Art. 221. Los secretarios actuarán con el juez y suscribirán con él todos los actos, resoluciones y sentencias.

Art. 222. En las horas de secretaría las partes podrán pedir al secretario informe de todo lo que haya ocurrido en su asunto, y aquel funcionario deberá dárselos, ó presentarles el expediente para que se impongan de cualquiera solicitud hecha ó providencia dictada, sin poder reservar sino los escritos de promoción de pruebas, y eso sólo hasta la audiencia siguiente.

Si los interesados en un proceso solicitaren á la vez que se les permita examinarlo ó tomar notas, el secretario distribuirá en proporción, el tiempo dedicado al efecto.

Art. 223. Las partes podrán hacer sus solicitudes por diligencia que dictarán al secretario, quien las autorizará siempre que no pasen de una plana, ó bien por escrito, que presentarán al

Digitized by Google

juez ó al secretario, los cuales anotarán en él el día, mes, año y aun la hora de la presentación, si así lo exigiere el presentante.

Art. 224. No serán aceptadas diligencias ni escritos que contengan conceptos injuriosos ó indecentes, sin perjuicio de que el juez ordene testar tales conceptos si no se hubieren notado antes, apercibiendo á la parte infractora para que se abstenga en lo sucesivo de repetir la falta, bajo una multa de cien bolívares para cada caso de reincidencia.

El secretario del tribunal se abstendrá de extender diligencias manifiestamente injuriosas ó indecentes, y dará cuenta al juez.

Art. 225. Los actos del tribunal serán escritos por el secretario bajo el dictado ó las instrucciones del juez ó presidente, en términos claros, precisos y lacónicos. Las observaciones, reclamaciones, salvas ó recursos de los que intervinieren en el acto, serán manifestados al juez, que los redactará sustancialmente sin alterar la verdad de lo que haya pasado, ni omitir nada de lo expuesto.

Si leídos, el interesado observare algo de más ó de menos de lo que quisiere hacer constar, se escribirá en términos precisos y breves.

Art. 226. De todo asunto se formará expediente separado, con su número de orden y la fecha de su iniciación, expresando las partes y el objeto.

Todo lo que pertenezca al expediente se coserá inmediatamente á fin de conservar el orden cronológico, sin que se confundan ó entre-mezclen unos actos con otros, ni unos documentos con otros actos ó documentos.

La foliatura se llevará siempre en letras y con el día, sin perjuicio de formar piezas distintas para el más fácil manejo, cuando sea necesario.

Art. 227. Toda enmendadura, aunque sea de foliación, palabras testadas y cualquiera interlineación, deberá salvarse por el juez en los tribunales inferiores, y por el secretario en los superiores, bajo la multa de cincuenta bolívares por cada falta de esta naturaleza. Los defectos de esta clase que se noten en los escritos presentados por las partes impedirán su admisión, si no están salvados por la parte misma. Los que se observaren en los escritos ó documentos privados, reconocidos ó nó, y en los documentos públicos, se harán constar, por el secretario al recibirlos. Estos defectos en los documentos privados que no han sido firmados por la parte que los presenta, no obstan para que la parte á quien interesa pida su reconocimiento por la persona á quien perjudiquen.

Digitized by Google

ESTUDIO 75.

ANTECEDENTES Y EXPLICACIONES.

Inútil nos ha parecido, rebuscar en nuestros Códigos anteriores, en las leyes orgánicas y otras, los antecedentes de las disposiciones insertas, que en su mayor parte son reglamentarias de la economía interior de las Oficinas judiciales. Lo mismo hemos creido, en cuanto á los antecedentes romanos y españoles, por idénticos motivos. Más, como éllas son necesarias para el orden de las Secretarías y sus archivos: para la regularidad y seguridad de los expedientes, y aun para las gestiones de las partes y buen proceder de los Tribunales mismos en lo material, digámoslo así, de la formación de los procesos para garantía de las partes y de los funcionarios y en bien público; no debemos prescindir de las explicaciones convenientes para la recta inteligencia y aplicación de tales disposiciones. Por excepción, hay algunas en que se interesa la ciencia, como son las relativas á las acumulaciones, materia en la cual tampoco tenemos antecedentes legislativos, aunque sí doctrinas que la práctica aplicaba corrientemente. Sobre ello haremos estudio aparte, pues el asunto lo requiere, por lo mismo que el silencio de las leyes ha tenido que suplirse con las doctrinas de los prácticos.

Recorramos, pues, las disposiciones que dejamos insertas.

Disposición del artículo 218. Sus motivos. Ordena el primer artículo, 218, que todos los Tribunales mantengan á la puerta de su despacho un cartel ó tablilla en que impongan al público de las horas destinadas á la audiencia y las destinadas á la Secretaría; así como de los días en que sin ser feriados no dieren audiencia: circunstancia ésta que además le manda hacer constar en el diario de sus trabajos. Son medidas de orden y de garantía para los litigantes y para el público, que deben confiar en que nada se hará á deshoras y en ausencia de los interesados. Esa tablilla y ese diario contendrán para todo caso de duda, constancia fehaciente de datos que pueden importar.

Actos privados y actos públicos, El artículo siguiente (219) especifica los actos del Tribunal, de naturaleza privada, que son los de estudio y acuerdos de resoluciones y providencias, como es natural; y los que deben tener lugar en audiencia pública, que son los demás: contestaciones, recusaciones, declaraciones, posiciones, experticias y cuantos necesitan la concurrencia de las partes y de los terceros llamados por la ley, sin otra excepción que aquellos actos en que por desencia se acuerde proceder á puerta cerrada, como generalmente sucede en cuestiones entre cónyuges. Ya hemos hablado de la necesidad de la publicidad como garantía de las partes y freno para contener á todos en los límites de su deber.

Deber del Secretario de asistencia. Los artículos 220 y 221 imponen al Secretario el deber de permanecer en Secretaría todo el tiempo que dure abierto el Tribunal, excepto aquel en que deban actuar con el Juez, esto es, en que deban efectuarse los actos que pasan ante los dos reunidos, como contestaciones, posiciones, declaraciones, etc., pues los dos son los que forman el Tribunal, el Juez para presidir, disponer y decidir, y el Secretario para dar fé. Por eso, ambos han de suscribir los actos, resoluciones y sentencias.

Gestiones de las partes. Los artículos 222, 223 y 224 se contraen á las gestiones de las partes, ya para informarse en Secretaría sobre lo ocurrido en su asunto, ó examinar su expediente y tomar notas: ya para hacer solicitudes, por diligencias ante el Secretario; y ya para presentar escritos al Juez ó al Secretario. Sobre lo primero se impone á éste el deber de dar los informes ó de presentar al solicitante el expediente mismo para su examen y notas, distribuyendo el tiempo cuando ambas partes ocurran á la vez, ó para que se imponga de cualquier providencia dictada ó solicitud hecha, sin poder reservar otra cosa que los escritos de promoción de pruebas, y eso sólo hasta la audiencia siguien-

Digitized by Google

te y con el fin de evitar á las partes y á los funcionarios la molestia de que ocurran á ellos antes de las doce de la noche en que termina el día, á presentárselos por no querer ninguna de las partes que se imponga la contraria de su prueba, antes de vencer el término. Sobre diligencias, se faculta á la parte para dictarlas al Secretario, y se impone á éste el deber de escribirlas en el expediente, siempre que no pasen de una plana, y con tal que no sean manifiestamente injuriosas ó indecentes; pues si lo fueren debe abstenerse de extenderlas, y ha de dar cuenta al Juez. Y sobre escritos, autoriza á las partes para exigir al funcionario á quien los presente, que anote en éllos el día, la hora, el mes y el año de la presentación: prohibe aceptarlos cuando contengan conceptos injuriosos ó indecentes: ordena al Juez hacer textar tales conceptos, (como en las diligencias), cuando no los hubiere notado antes; y apercibir al infractor para que se abstenga de repetir la falta, bajo la multa de cien bolívares por cada caso de reincidencia. De ese modo, á la vez que la ley facilita los medios naturales de la defensa, establece el orden con reglas justas impidiendo los desahogos de las pasiones que harían degenerar en disputas de mala ley, las discusiones tranquilas de los Tribunales.

Redacción de los actos. Ocúpase el artículo 225 de establecer lo referente á la redacción de los actos del Tribunal; y ordena que la escriba el Secretario bajo el dictado ó las instrucciones del Juez ó Presidente, en términos claros, precisos y lacónicos. Toca, pues, al Juez que preside, ó dictar él ó indicar al Secretario sustancialmente lo que ha de escribir de acuerdo con la indicación: todo en términos claros, precisos y lacónicos. Pero como suele suceder que en el acto hacen los que en él intervienen, observaciones, reclamaciones ó salvas, ó uso de algún recurso, se previene que las dirijan al Juez para que éste las redacte sustancialmente, del todo conforme con la verdad de lo ocurrido y de lo expuesto. Y si todavía, después de leído lo escrito, observare el interesado algo de más ó de menos, manda el artículo, nó que se hagan enmendaduras ú otras correcciones en lo escrito, sino que se agreguen esas exposiciones últimas en términos breves y precisos. De ese modo quedará consignada la verdad, con la claridad, precisión y laconismo propios de los actos judiciales.

Formación de expediente. El artículo 226 es referente á la formación de los expedientes. De cada asunto ha de formarse uno separado, que ha de llevar su correspondiente número de orden, la fecha en que se inicia y la expresión de las partes y del objeto. Así se evitan confusiones perjudiciales. Y con este mismo fin ha de agregarse inmediatamente á cada expediente todo lo que á él corresponda, para conservar también el orden cronológico, cuidando de evitar toda confusión en los actos y documentos, que han de quedar cosidos, pero separados unos de otros. La foliatura ha de llevarse con el día y en letras; y para que los autos no se hagan tan voluminosos que se dificulte su manejo, podrán formarse piezas distintas que conviene numerar por su orden. La observancia de esa reglamentación, por fuerza ha de producir la regularidad y el orden en la Secretaría.

Salvaturas. Pero no basta eso para obtener aquéllos de modo completo; por lo que el artículo 227 previendo los errores de escritura, preceptúa que toda enmendadura, aun de foliación, rayadura ó testadura ó interlineación, deben salvarse por el Juez en los Tribunales inferiores y por el Secretario en los superiores, bajo la pena de cincuenta bolívares por cada falta. Se comprende la importancia de esa precaución, que es descubrir toda alteración que la malicia ó la mala fé pretendan hacer después en los actos judiciales. La práctica tiene aceptada que tales salvaturas se hagan al pié de los actos, lo cual nos parece más eficaz que hacerlas, como acostumbran en otros países, autorizada con solo iniciales y rúbricas, en el margen y al frente de la enmendadura, testadura ó interlineación.

Faltas en los escritos y documentos. Y como las faltas dichas, pueden recaer también, ya en los escritos de las partes, ya en los documentos que

Digitized by Google

éllas produzcan, el artículo prevee también estos casos; y decide, que los indicados defectos en los escritos, impiden su admisión, si la parte misma no ha hecho la salvatura. Respecto de los que se observen en los escritos ó documentos privados, reconocidos ó nó, y en los documentos públicos, esto es, en la documentación producida por las partes, deben hacerse constar por el Secretario al recibirlos; precaución necesaria para poner á cubierto al Tribunal de toda imputación de que, por falta de celo, hayan podido hacerse alteraciones después de producidos. Y advierte el legislador que tales defectos en documentos privados, no formados por la parte que los presenta, no obstan para que el litigante interesado pida su reconocimiento por aquel á quien perjudiquen los documentos. Claro es que en tal caso, la persona á quien toque reconocerlos, es la llamada á aceptar ó rechazar las enmendaduras, interlineaciones ó rayadura que contengan.

Si no se tuviera cuidado en esos detalles, los procesos no merecerían fé ni confianza á las partes mismas, ni á los Jueces que los forman y sustancian, y menos aun á los superiores que los reciben como les son enviados. La misión de la justicia se haría, si nó imposible, dificilísima, pues tendría que estar inquiriendo la verdad á cerca de cada alteración que se notase, y expuesta siempre á adulteraciones inaveriguables, y á todos los tropiezos y confusiones que levantase la mala fé y el fraude, aprovechando tan propicias circunstancias.

Art. 228. La acumulación de autos ó procesos se ordenará á solicitud de parte y aun de oficio, en los casos de abrirse juicio de quiebra, de cesión de bienes, de liquidación de herencia y cualquiera otro en que la ley lo ordene expresamente.

A dichos juicios se acumularán los particulares que cursaren en el mismo ú otro tribunal.

Art. 229. Solo á solicitud de parte legítima podrá acordarse la acumulación de autos, en los actos siguientes:

1º En los de concurso necesario de acreedores.

2º Cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los pleitos cuya acumulación se pida produzca excepción de cosa juzgada en el otro.

3º Cuando en un tribunal competente haya pendiente pleito sobre lo mismo que sea objeto de otro que se haya promovido después, ó sobre materia conexa.

4º Cuando de seguirse separados los pleitos se divida la continencia de la causa.

5º En cualquier otro caso en que aparezca manifiesta la necesidad de evitar la multiplicidad de los pleitos, y el riesgo de que se libren sentencias contrarias ó contradictorias.

Art. 230. Se entenderá divida la continencia de la causa, para los efectos del artículo precedente: 1° cuando haya entre los dos pleitos identidad de personas, cosas y acciones; 2° cuando haya identidadad de personas y cosas, aunque las acciones sean diferentes; 3º cuando haya indentidad de personas y acciones, aunque las cosas sean distintas; 4º cuando las acciones provengan de una misma

Digitized by Google

causa aunque obren contra varios, y haya por tanto diversidad de personas; 5º cuando provengan las acciones de una misma causa, aunque sean diversas las personas y las cosas; y 6º cuando haya identidad de acciones y de cosas, aun cuando las personas sean diversas.

Art. 231. No son acumulables autos que no estuvieren en una misma instancia.

Tampoco son acumulables autos que cursen en tribunales ordinarios civiles ó mercantiles á otros que cursen en tribunales especiales.

Art. 232. La acumulación se pedirá al tribunal donde curse el proceso al cual deba acumularse el otro.

Si el mismo tribunal conoce de ambos, resolverá la solicitud, previa instrucción de la otra parte, con exámen de ambos autos.

Si los autos pendieren en tribunales distintos, el tribunal que conoce del expediente al cual deba hacerse la acumulación, pasará oficio al otro tribunal, exponiendo las razones legales que obren para su acumulación; y desde ese momento se observarán las disposiciones relativas al conflicto ó cuestión de jurisdicción ó competencia entre jueces, tanto sobre el procedimiento hasta su decisión, como respecto á la suspensión del curso de los asuntos y todo lo demás allí prescrito.

Art. 233. En virtud de la acumulación, los autos acumulados se seguirán en un solo juicio, suspendiéndose el curso del expediente que estuviere más adelantado hasta que el otro se halle en el mismo estado; y terminándolos con una misma sentencia.

ESTUDIO 76.

ANTECEDENTES.

Sobre esta materia de acumulación de autos no existen antecedentes especiales en las legislaciones romana y española, y ni aun en la patria. Conocida ha sido de atrás la materia, pero solo por las doctrinas de los prácticos, las cuales han sido elevadas ahora á preceptos legales, así en la legislación española moderna, como en el Código venezolano que estudiamos. Ella está sí relacionada con artículos que hemos visto ya en la materia de la competencia y con otros que encontraremos al tratar de la excepción dilatoria de litis pendencia, como tendremos oportunidad de hacerlo notar.

EXPLICACIONES.

Diferencia con la acumulación de acciones. La materia del presente Estudio es la acumulación de autos ó procesos, que es cosa diferente y no debe ni puede confundirse con la acumulación de acciones. Esta tiene por objeto reunir en un mismo libelo de demanda diferentes acciones, y tiene sus reglas especiales que estudiaremos en el Título de la demanda; mientras que la acumulación de autos es la reunión de uno ó varios procesos á otro, y se rige por las disposiciones que dejamos insertas. La primera puede dar lugar á la excepción previa de inadmisibilidad de la demanda, ó á la dilatoria de defecto en la forma de la misma; y la segunda puede ser el efecto de la dilatoria de litis-pendencia ó andar hermanada con élla, ó bien á la de incompetencia de Tribunal, que es también dilatoria.

Digitized by Google

Fundamento de las acumulaciones. El fundamento de una y otra acumulación es en verdad uno mismo, el de que se evite la multiplicidad de los pleitos y el riesgo de que se libren sentencias contrarias ó contradictorias; pero con esta diferencia, de que en la una se trata de que se conserve la unidad del proceso, y que por disgragación no haya necesidad de formar varios; y en la otra de que se llegue á la unidad del proceso por agregación ó reunión de varios ya existentes. En la una se impide la división para mantener la udidad, y en la otra se logra esta reuniendo lo que está ya dividido ó separado.

Esto aparte de la diferencia esencial entre acciones y procesos, y las consecuencias legales que tales ideas arrastran.

Cuando puede hacerse de oficio. La acumulación de autos puede hacerse ó á solicitud de parte ó aun de oficio, en ciertos asuntos, pero en otros sólo á solicitud de parte, y nó de oficio.

Aquellos primeros asuntos están definidos en el artículo 228, y son: apertura de juicio de quiebra, ó sea declaratoria judicial de quiebra: cesión de bienes, esto es, cesión judicial de sus bienes hecha por un deudor á todos sus acreedores: liquidación de herencia, testada ó intestada, yacente ó nó yacente, pues todas ellas requieren liquidación para pagar á los acreedores extraños y á los hereditarios, y para dividir el líquido entre los herederos; y cualquiera otro caso en que la ley lo ordene expresamente.

División de comunidad. En este último creemos comprendido el de división de bienes comunes, toda vez que el artículo 664 del Código Civil sujeta expresamente esta partición al mismo procedimiento establecido para la división de herencia. Los autores están contestes en asimilar los dos casos *familiæ erciscundæ* y *communi dividundo;* aunque no falta entre nosotros quien piense que esto último debe limitarse á la división de una universalidad de bienes, y qne no comprenda la de una sola cosa, un campo, un edificio etc. Para nosotros es evidente que, tanto por no hacer el citado artículo del Código Civil tal diferencia, como por ser imposible que no sea en un mismo proceso que se discutan los derechos ó parte que tenga realmente cada comunero en la cosa, aunque sea única, se hagan lotes si es divisible, ó se convenga en el justiprecio y remate, si no lo es, y se proceda á todo lo demás para llegar á terminar la comunidad, recibiendo cada cual lo que le toque. No puede ni siquiera decirse que en este caso no haya algún extraño que deba intervenir, pues bien puede suceder que alguno de los partícipes haya comprometido su parte, ó que sean deudores todos ó algunos por reparaciones ú otros respectos relacionados con el inmueble.

Como se hace la acumulación. En los asuntos expresados el Juez que conoce del proceso principal, de quiebra, cesión, liquidación, etc., ordena la acumulación al dicho proceso, de los particulares que cursen en el mismo ú otro Tribunal, dice el artículo. Pero entiéndase que no es de todo juicio particular indiscriminadamente, aunque sea del todo extraño al asunto principal, sino que por su relación con éste, deba acumularse, según las reglas que vamos á estudiar. Así, por ejemplo, á un juicio de quiebra ó de cesión no se acumulará un pleito particular que tenga un acreedor que figure en aquéllos, contra un tercero, por cobro, propiedad, posesión, servidumbre etc., pero sí el que tenga contra el fallido ó cedente: ni á un juicio de partición se acumulará un pleito particular de un partícipe, sobre objeto que ninguna relación tenga con los derechos ó bienes de la partición.

Acumulación á solicitud de parte. Especifica el artículo 229 los asuntos y casos en los cuales no puede hacerse la acumulación de oficio, pero sí á solicitud de parte legítima, que son:

Los concursos necesarios de acreedores. En estos asuntos conforme al artículo 605 de este mismo Código, se requiere que se presenten dos ó más acreedores demandando el pago de sus créditos, porque su deudor esté deman-

Digitized by Google

dado, ó más de dos porque haya muerto ó se haya fugado: de suerte que ha de haber tres demandas que se acumulen para que haya concurso necesario; pero por voluntad de las partes, por gestiones expontáneas, sin obligar á ningún otro acreedor á acumular también su demanda, bien la haya propuesto ya, bien quiera instaurarla después. Los prácticos enseñan que el concurso necesario no es juicio universal, sino particular.

2° Cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los pleitos cuya acumulación se pida, produzca excepción de cosa juzgada en el otro. Por ejemplo, un pariente inmediato de un testador, hermano supóngase, no instituido por heredero en el testamento, demanda á los herederos testamentarios por la nulidad del testamento, á la vez que un tercero á quien se ha dejado el legado especifico de una propiedad, demanda en otro juicio á esos herederos instituidos, por la entrega de su legado. Claro es que la sentencia que se dicte en el uno produce cosa juzgada en el otro: si se declara nulo el testamento no puede haber legado; y si se declara válido, el legado debe entregarse. Para que tal cosa no suceda, ni exponer á la justicia á dictar dos sentencias opuestas conviene al demandante del legado y á los demandados mismos pedir la acumulación de ese juicio al otro donde se discute la validez del testamento. Uno y otros tienen interés comun, la validez del testamento. Y hasta conviene esa acumulación al demandante de la nulidad, porque en ambos juicios tiene un solo interés, la nulidad que solicita.

3° Cuando en un Tribunal competente haya pendiente pleito sobre lo mismo que sea objeto de otro que se haya promovido después, ó sobre materia conexa. Este es, pues, el caso de litis-pendencia, en lo cual están de acuerdo los prácticos que enseñan que la acumulación tiene lugar en tal caso. El número 4° del artículo 269 de este mismo Código, lo corrobora también diciendo que el efecto de declarar con lugar la excepción de litis-pendencia, es la de remitir la demanda al Tribunal donde el juicio esté pendiente. ¿Pero qué es, en qué consiste ó cuando hay litis-pendencia? Materia es esta en que nos ocuparemos en su lugar propio, que es el tratado de las excepciones dilatorias, para poder seguir el método de este Código. Solo adelantaremos aquí, que aunque el caso de acumulación que tenemos entre manos es de haber litis-pendencia, y ésta tiene por efecto la acumulación, no por eso puede decirse que sean una misma cosa, ni que, por más que cuando hay litis-pendencia debe haber necesariamente acumulación, cuando ha lugar á ésta haya de haber lugar también á litis-pendencia. Y aun podemos agregar que la fuente de esta última se encuentra en el artículo 99 de este Código, que estudiamos en su lugar, según el cual, cuando una misma causa haya sido promovida ante dos autoridades judiciales igualmente competentes, ó cuando una controversia tenga conexión con una causa ya pendiente ante otra autoridad judicial, la jurisdicción compete á la que haya prevenido. La citación determina la prevención.

4° Cuando de seguirse separados los pleitos se divida la continencia de la causa; lo cual se explica más abajo.

Y 5° En cualquier otro caso en que aparezca manifiesta la necesidad de evitar la multiplicidad de pleitos, y el riesgo de que se ligren sentencias contrarias ó contradictorias. Ya en los preliminares, artículo 17 de este Código, estableció el legislador como principio fundamental que los Jueces procuren evitar aquella multiplicidad y aquel riesgo, así en un mismo asunto como sobre asuntos en que haya entre sí continencia ó conexión, acordando al efecto la acumulación procedente. Esa es una previsión de la ley que se deja al recto arbitrio de los Jueces, según las circunstancias, en los demás casos no previstos.

División de la continencia. Entra ahora el artículo 230 á decirnos cuando se debe entender dividida la continencia de la causa, para los efectos de lo dicho en el artículo precedente, y enumera los seis casos siguientes:

Digitized by Google

1° Cuando haya entre los dos pleitos identidad de personas, cosas y acciones; por ejemplo, cualquier pleito sobre una misma cosa que se promueve por uno ante un Tribunal y por otro de los mismos ante otro Tribunal.

La acumulación se impone, por ser imposible que un mismo pleito siga por duplicado ante los Tribunales.

2° Cuando haya identidad de personas y cosas, aunque las acciones sean diferentes.

Esto sucedería, dice *Manresa*, si uno ejercitare en un pleito la acción petitoria, y en otro demandase la posesión de la misma finca, dirigiendo ambas acciones contra una misma persona.

3° Cuando haya identidad de personas y acciones, aunque las cosas sean distintas: ejemplo, del mismo *Manresa*, si uno demandase á otro el pago de mil duros y en otro pleito le reclamase la entrega de doscientas fanegas de trigo, haciendo uso en ambos juicios de la acción personal.

4° Cuando las acciones provengan de una misma causa aunque obren contra varios, y haya por tanto diversidad de personas. En este caso se supone que las cosas son las mismas, á diferencia del siguiente en que deben ser diversas, según explicación del dicho autor, que agrega: «Si el propietario de una finca la arrendase á varios colonos pro-indiviso ó en común y en un mismo contrato, es evidente que se faltaría á la continencia de la causa si aquél, en juicio separado se dirigiese contra cada uno de éstos en demanda del precio del arriendo, aunque solo fuese por la parte que correspondiese á cada uno de éllos proporcionalmente; pues entonces las acciones procederían de una misma causa y de una misma cosa, y los autos deberían acumularse á pesar de ser diversas las personas. Pero si cada colono recibió en arriendo una parte determinada de la finca ó una finca diferente, aunque todos se hubiesen obligado en un mismo instrumento, no podrían ser considerados en el caso de que se trata, en razón á que la obligación de cada uno es independiente de la de los demás, y aun cuando las causas y cosas de deber sean análogas, no son unas mismas.»

5°. Cuando provengan las acciones de una misma causa, aunque sean diversas las personas y las cosas. Sucederá así, dice el ya citado autor, por ejemplo, cuando por la acción de tutela, habiendo sido muchos los tutores, se les demandan cosas diferentes, pertenecientes al menor; ó cuando siendo varios los herederos de otro, cada uno de éllos en tal concepto demandase una cosa diversa de una misma persona ó al contrario.»

Y 6°. Cuando haya identidad de acciones y de cosas, aunque las personas sean distintas. En este caso están comprendidos los juicios divisorios ó dobles, como los llamaron los romanos . . . . En igual caso se encuentran las obligaciones solidarias. Si se intentasen demandas separadas contra los deudores solidarios, habría que acumularlas, lo cual no sucedería cuando no hubiere solidaridad aunque la obligación se hubiese contraído en una misma escritura. También es la doctrina de *Manresa*, quien agrega que en este como en todos los demás casos enumerados, se dá por supuesta la competencia del Juez para conocer de los autos que vá á acumular.

Otras condiciones para la acumulación. Pero todavía hay algunas condicio-
...s, exigidas por la ley, para la acumulación; y de éllas trata el artícu-
231. El dice: «No son acumulables autos que no estuvieren en una misma
ancia.» Si según la definición de *Escriche* de la palabra instancia, esta es
ejercicio de la acción en juicio desde la contestación hasta la sentencia
-itiva,» y en rigor pudiera decirse que no ha salido de la primera un
» que esté en el Tribunal de alzada sólo por apelación de una incidencia;
por otra parte, como hemos visto, la ley se fija en cuanto á acumula-

Digitized by Google

ción, en la materia del pleito mismo, cabría la duda, de si pudiera tener lugar la acumulación en el caso de estar el asunto en el superior, por una apelación en una nueva incidencia, sosteniendo que todavía están ambos asuntos en la primera instancia. Pero tal duda se desvanecería ante los términos del artículo que no se refiere á los asuntos, sino á los autos. Basta que éstos estén en diversas instancias, sea cual fuere la causa de ello. Y si penetramos más en el interior de las cosas, nos encontraremos de luego á luego, de que no puede ser de otro modo. Sea cual fuere de los dos procesos, el que estuviere en apelación ante el Superior, si es por sentencia definitiva, claro está que ya no tiene objeto la acumulación, pues que debe hacerse antes para que un solo fallo comprenda á los dos. Y si fuere por apelación de interlocutoria, con esperar que se resuelva y baje el que está arriba, llegará la oportunidad de estar ambos en primera, sin que el otro haya estado viajando inútilmente. Y sobre todo, en uno y otro caso, desde que un proceso está arriba y otro abajo, el trámite que ha de seguirse al promover la acumulación, que es el del caso de conflicto, no puede tener lugar entre un superior y un inferior como lo vimos en su oportunidad.

Otra condición. Luego agrega el artículo 231: «Tampoco son acumulables autos que cursen en tribunales ordinarios, civiles ó mercantiles á otros que cursen en tribunales especiales»: verbi-gracia, en la Alta Corte Federal. La razón es obvia, que falta la competencia á éstos para conocer de aquellas materias.

Procedimiento. El artículo 232 reglamenta el procedimiento, según el cual, la solicitud se hace en el proceso que atrae, esto es, al que deba hacerse la acumulación. Si el mismo Tribunal conoce en ambos procesos, manda instruir de la petición á la otra parte, y esto hecho, examina los dos procesos, y resuelve lo que sea procedente.

Si los autos penden en Tribunales distintos, el Tribunal que conoce del principal á que ha de hacerse la acumulación, debe pasar oficio al otro Tribunal, exponiéndole las razones legales que obren para aquélla; y desde ese momento, dice el artículo, se observarán en todo las disposiciones relativas al conflicto ó cuestión de jurisdicción ó competencia entre Jueces, sin excepción. En esto es consecuente el legislador: surge ó puede surgir una cuestión sobre no ser procedente la acumulación, y no poder privarse de su competencia al Juez que conoce del proceso cuya acumulación se pretende; y se recordará que la ley no se conforma con la opinión de los competidores, y quiere que la cuestión sea resuelta por un Superior, á causa del interés público que exige que cada Juez obre en su órbita y la defienda legalmente.

Efectos de la acumulación. Por último el artículo 233 establece los efectos de la acumulación, que son seguir los dos asuntos en un solo juicio; para lo cual se suspende el curso del que estuviere más adelantado hasta que el otro se halle en el mismo estado; y luego continuar juntos hasta el de sentencia, en que una sola los termina. Pero no se crea que al decir se suspende el más adelantado, ha de hacerse instantáneamente, como se para un reloj; y que por ejemplo, si está contestándose la demanda, se trunque el acto: nó, se termina y en ese estado se suspende. Hasta que el otro se *halle en el mismo estado*, dice el artículo; de suerte que si el uno está en estado de contestación y el otro en estado de promoción de pruebas, aquél sigue su curso hasta ponerse en ese mismo estado de promoción de pruebas, en que queda paralizado el segundo: si el uno se halla en estado de promoción, y el otro en estado de evacuación de las pruebas, aquél sigue su curso y entra en estado de promoción y luego en el de evacuación; y en el otro se acaban de evacuar las pruebas y luego se suspende hasta que en el primero queden también evacuadas.

Digitized by Google

Art. 234. Después de concluida una causa en cualquiera instancia, se dará testimonio de élla á cualquiera que lo pida, á su costa, sin examinar si es ó nó parte, exceptuando aquellas que se reserven por decencia pública, de las cuales no podrá darse testimonio sino á las partes. El que pidiere testimonio pagará el escribiente y papel, pero no sufrirá otro costo. En cualquier estado de la causa, si se solicita copia certificada de algún documento que exista en autos, se dará al quela pida, siempre que sea ó haya sido parte en el juicio. Si se pidiere la devolución de documentos originales por la misma parte que los produjo, se le entregarán, quedando en autos la correspondiente copia; pero en el documento se anotará lo conveniente.

En los testimonios y copias se pondrá siempre al margen la indicación de cada acto.

Los testimonios y copias de que trata este artículo, no podrán darse sin previo decreto del juez, que se insertará al pié de la certificación.

Art. 235. Cualquiera persona puede imponerse de los autos que existan en los tribunales y tomar de éllos las copias simples que quiera, sin necesidad de autorización del juez, á no ser que se hayan mandado reservar por algún motivo legal.

Art. 236. Cuando se remitan expedientes ó autos de un tribunal á otro, se depositarán abiertos en la respectiva oficina de correos. El administrador del ramo dará en cada caso un recibo, que se agregará á la copia de la sentencia que queda en el tribunal.

Otorgado el recibo, se cerrará el pliego que contenga los autos, en presencia del mismo administrador, quien, á vuelta de correo, presentará al tribunal remitente el recibo de aquel á quien se dirigió, el cual en ningún caso podrá negarlo.

Los recibos expresarán el contenido de los expedientes, con arreglo á su carátula, el juez remitente y el número de folios.

Art. 237. En los casos en que sea necesario remitir los expedientes por medio de conductores particulares, por no haber correos para los lugares á donde se dirijan, ó por no haberlos oportunamente, la parte ó partes á quienes interese, á juicio del juez, pagarán el gasto que se cause, á reserva del derecho que tengan á indemnización. En ningún caso se confiará el expediente ni á las partes ni á sus deudos, sino al conductor que elija el juez bajo su responsabilidad.

ESTUDIO 77.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Los artículos 175, 176, 177 y 178 del Código y de ɔ contienen la misma doctrina que los insertos, salvas pequeñas adiciones ɔon los mismos 173, 174, 175, 176, del de 1873. Su origen está en los ículos 27, 32 y 33 de la Ley única, Título XI, del Código de 1838, que tomó ɪna parte del artículo 173 de la Ley orgánica de Colombia.

Digitized by Google

EXPLICACIONES.

Copias, Vuelve el legislador á ocuparse en los artículos insertos en detalles de administración y manejo de las Secretarías de los Tribunales con relación á los procesos. Habla primero de las copias, y dispone que: de los procesos concluídos se dé copia, á su costa, á cualquiera que la pida, sea ó no parte, y sin más gastos que el de papel y escribiente: que en cualquier estado de la causa se dé al que sea ó haya sido parte, la copia que pidiere de cualquier documento que exista en autos: que si se pidiere por la parte que hubiere presentado algún documento, su devolución, se le entregue, pero dejando copia de él en los autos, y poniendo al documento la nota conveniente, que en la práctica se reduce á la constancia de haber obrado en el juicio tal entre N. y N., autorizada por el Secretario: que en la copia se ponga al márgen la indicación de cada acto—poder— contestación—posiciones—declaración tal, etc.; y que tales copias no se expidan sino por decretos del Juez, que se insertará al pié de la certificación. Todo eso es claro, y ninguna explicación requiere. Pero como no se expresa si al que es ó ha sido parte, puede dársele también copia de solo algunas actuaciones, refiriéndose la ley, á documentos, exclusivamente, ocurre la duda de si puedan expedirse ó nó copias de tales actos aislados. La práctica es citar á la contra parte para que exponga lo conducente: si élla conciente se expide, si se opone, alegando temor de que se haga mal uso de la copia, toca al Juez juzgar, y si cree conveniente agregar por precaución algún otro acto, como la sentencia, que aleje aquel temor, podrá acordarlo así, y aun negar la solicitud, si lo aconsejan razones serias para evitar sorpresas á otros Tribunales.

Notas ó extractos. El imponerse de los autos que cursen en un Tribunal y tomar notas ó extractos y aun copias simples, sin necesidad de autorización del Juez, lo permite el artículo 235, á cualquiera persona sin otra excepción que de los expedientes mandados reservar por algún motivo legal, verbigracia, por mandarse á enjuiciar á alguien con las copias conducentes, estado en el cual debe haber la reserva necesaria. Por supuesto que ha de ocurrirse al Secretario, encargado del archivo, y á las horas de Secretaría.

Envío de expedientes. Finalmente se ocupan los últimos artículos del Título, en arreglar el envío de los expedientes ó autos de unos Tribunales á otros, para que haya seguridad, y constancia en Secretaría; disponiendo que se haga siempre por el correo, y se recojan los recibos del caso, que han de contener la expresión de la carátula, del Juez remitente y del número de folios, con las demás precauciones allí indicadas. Por supuesto que los gastos de porte los cubre el interesado á cuya gestión se hace el envío.

Cuando por no haber correo para el lugar, ó no haberlo oportunamente, sea necesario remitir el expediente por medio de conductores particulares, el Juez elije bajo su responsabilidad ese conductor, prohibiéndole el artículo que se confíe tal encargo á ninguna de las partes ni á sus deudos. La parte ó partes, á quienes interese deben pagar también el gasto, á reserva de que se las reembolse, si hubiere lugar. Esa necesidad puede ocurrir á causa de los lapsos que están corriendo, y no permiten espera, para que no se venzan con perjuicio de la parte. La precaución de la ley, no puede ser más justificada.

Como lo hemos observado, muchas de las disposiciones de este Título son reglamentarias de las Secretarías, pero importantes para la misma judicatura y para las partes. Son de las que califican otras legislaciones de reglas notariales, por la naturaleza y denominación de los funcionarios que actúan con los Jueces en los expedientes. Y como nosotros tuvimos en nuestros primeros tiempos, notarios en las curías eclesiásticas (que aun se conservan) y escribanos en lo secular, nos parece oportuno dar algunas noticias históricas sobre el asunto.

Digitized by Google

Noticia histórica sobre notarios y escribanos. Desde que en 1836 á 1838 se estableció en Venezuela el Registro Público, con oficinas especiales servidas por Registradores para el otorgamiento de contratos y escrituras y la concentración y conservación de los archivos; y se dictaron las leyes orgánicas del Poder Judicial y el primer Código de procedimiento, los dichos Registradores y los Secretarios de los Tribunales entraron á sustituir á los escribanos (que fueron suprimidos), los cuales conforme al sistema que venía de atrás, eran los encargados del otorgamiento de las escrituras y otros actos, llevando los correspondientes protocolos, y de actuar con los Tribunales en los procesos y diligencias judiciales. Desapareció desde entonces, entre nosotros; la institución de los escribanos y escribanías, que han conservado, si no todas, muchas de las naciones europeas.

Merlin en la palabra *Notario.* traë la historia de aquella antiquísima institución «En los primeros siglos, dice, las convenciones no eran sino verbales. Se contrataba sólo en presencia de testigos . . . . La dificultad de probar los compromisos contraídos de esa manera, creció á medida que la civilización multiplicó las relaciones de los hombres entre sí . . . . Se ocurrió á la escritura, y es natural pensar que las partes escribían sus convenciones, y ponían al pie sus sellos . . . . . Pero como el arte de la escritura era poseído por muy pocas personas, el recurso que ofrecía era imposible para la generalidad de los hombres. Fue, pues, preciso que el pequeño número á quien era familiar aquel arte precioso, prestase su ministerio á aquellos á quienes le era desconocido. Algunos, sin duda, lo hicieron gratuitamente como servicio de amistad: otros encontraron en ello una profesión honorable y lucrativa; y se establecieron como *Scribas* ó *Escribanos públicos* . . . . La importancia de las funciones de esos escribanos hizo pensar después en darles reglamentos: se les consideró y organizó como oficiales públicos; pero su intervención no agregaba ningún carácter de autenticidad legal á los contratos que redactaban y sus actos derivaban toda su fuerza del sello de las partes y de los testigos.»

«Tales fueron, dice el autor, los *Scribas* de los hebreos, los argentarios de Atenas, y otros oficiales de la misma especie. Sus actos eran considerados como escritos privados, y para hacerlos auténticos las partes tenían que presentarlos, ante determinado número de testigos, á un magistrado encargado de ponerles el sello público.»

«Tales fueron también los diversos Oficiales cuya profesión era en Roma recibir los contratos. Ellos fueron nombrados *Scribas*, título común á todos los que sabían escribir: *Cursores* ó *Logogriphos* porque éllos escribían con la misma rapidez de la palabra: *Notarios* porque escribían por notas: *Tabularios* ó ó *Tabelionos* porque escribían sobre tablillas: *Argentarios* para designar á aquellos que no recibían los contratos sino para algunas negociaciones de dinero, como préstamos, depósitos. Y existía otra especie de oficiales nombrados *Actuarios*, que acompañaban á los gobernadores de provincia para recibir y registrar ciertos actos, emancipaciones, adopciones, manumisiones y testamentos. Todos eran ministros de los magistrados; y como no estaba bien establecida la diferencia entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, los mismos oficiales escribían los contratos y las sentencias.»

Según *Escriche*, en España se celebraban los contratos antiguamente ante algún sacerdote, monje ó religioso, con asistencia de varios testigos de todas clases: el sacerdote redactaba, los testigos firmaban aun por los que no sabían hacerlo, y estampaban sus sellos; y á veces se hacía todo á presencia de la justicia. Tal práctica duró hasta el tiempo del rey Don Alonzo, que creó los escribanos públicos, y dispuso que en cada cabecera de jurisdicción hubiera cierto número de éllos.

Las leyes posteriores, tanto en España como en otros países, donde la institución de los escribanos ó notarios se ha conservado, han ido perfeccionándola, dando reglamentos adecuados y definiendo mejor sus funciones, obligaciones y derechos.

Digitized by Google

Colombia conservó los escribanos, excepto los de las Aduanas; y en la Sección I, cap. IV de su ley orgánica de tribunales de 1825, estableció reglas para su funcionamiento.

Tales son, en síntesis, los orígenes y el desenvolvimiento de esa institución, cuyos miembros han sido siempre obreros constantes al servicio de la civilización y del progreso, del derecho y de la justicia. Si comparamos los rudos medios con que contó en su cuna el arte de la escritura, y que fueron los elementos únicos de aquellos en su utilísima labor, con los que cuenta la edad moderna para fijar y aun aprisionar la palabra, trasmitirla con instantánea rapidez, á través de los espacios, y perpetuarla en el porvenir, no podemos menos de glorificar esos dones del cielo que permiten al ingenio humano ir realizando tan maravillosas grandezas, en su marcha hacia los más altos destinos que la Bondadosa Providencia le reserve.

Digitized by Google

APÉNDICE

Cuando se comenzó la impresión de este Tomo Primero de nuestra Obra, previo contrato con la Empresa Guttenberg, nada sabíamos respecto de la intención del Gobierno de hacer reformas en el Código de Procedimiento Civil, materia de estos Estudios; no obstante que las ediciones oficiales existentes, estaban plagadas de errores de impresión. Creíamos sí, que el Poder Ejecutivo atendería á la necesidad que se sentía, de hacer una nueva edición correcta. Continuamos por eso la publicación del Tomo, que solo trata sobre las materias del *Libro Primero de dicho Código*. Sancionado ahora uno por la Legislatura Nacional, en que se han hecho reformas, á tiempo que concluía nuestro trabajo de impresión indicado, juzgamos indispensable estudiar aquellas reformas, lo cual hacemos hoy, para advertir lo conducente, á nuestros lectores.

El Libro Primero del Código que venía rigiendo, terminaba en el artículo 237: el sancionado ahora termina en el 238. Hay así, uno más: é indagando si habría alguna nueva disposición introducida, y en cual de las materias contenidas en ese Libro I, encontramos que el aumento en los artículos depende solo de haberse dividido en dos el artículo 162, siendo estos los siguientes:

«Art. 162. En los términos ó lapsos judiciales no se contarán los días feriados, si no han sido habilitados, ni aquel en que empiecen á correr.»

«Solo se entenderán por días feriados los domingos, jueves y viernes santos y los declarados de fiesta nacional.»

«Del quince de Agosto al quince de Setiembre inclusivos y del veinticuatro de Diciembre al seis de Enero, también inclusivos, habrá anualmente vacaciones de los Tribunales: pero ellas no impedirán que se dé curso á las actuaciones en materia criminal que fueren urgentes para la averiguación de los delitos y de los delincuentes ó cuya evacuación tuviere el mismo carácter de urgente en interés del encausado ó de la vindicta pública, ó en materia civil para asegurar los derechos de alguna parte.»

«Para actuar á solicitud de parte, ésta justificará la urgencia; y si el Juez la encontrare comprobada, acordará la habilitación y procederá al despacho del asunto. Pero si éste fuere criminal ó civil contencioso, no podrá procederse sino con citación previa de la otra parte.»

rt. 163. Los Tribunales no podrán practicar durante las vacaciones otras gencias que las concernientes al acto declarado urgente, á menos que ndo en la vista de una causa se hubieren comenzado ya los informes, en este caso podrán continuarla hasta dictar sentencia».

los efectos de este artículo, si los Jueces naturales no quisieren actuar e las vacaciones, serán llamados oportunamente los respectivos suplentes que vengan á ocupar sus puestos».

mo se ve; el antiguo artículo 162 se consideró demasiado largo, pues

Digitized by Google

contenía cuanto sirve de materia á los dos insertos, en los cuales se ha procurado mejor orden y mayor claridad. Y como nada nuevo se ha agregado, ninguna explicación tenemos que añadir á lo expuesto en los correspondientes lugares de nuestros Estudios.

Solo debemos advertir á nuestros lectores, que como consecuencia forzosa de aquella variación, los artículos á que se refieren nuestros Estudios, de 1 á 162, tienen la misma numeración que el novísimo Código, y que del 163 en adelante hasta el 237, en que termina el Libro I, los de ambos solo difieren en una unidad, siendo el 163 del Estudio, el 164 de la reforma, el 164, el 165, y así en adelante.

Como nuestra labor comparativa no se ha limitado al punto de que hemos hablado, sino que la hemos extendido á todo el Libro I, debemos advertir que en los artículos 8, 12, 20, 23, 37, 42, 56, 61, 64, 69, 78, 92, 93, 117 números 1ª y 10ª, 133, 147, 149, 160, 165, 168, 207, 213, 219, 220, 227, 229, y algun otro, hay meros toques de redacción, ya suprimiendo palabras, ya introduciendo ó sustituyendo otras, ya cambiando de lugar algunas frases, con el fin de procurar la mayor claridad ó la mayor propiedad en la dicción; pero sin ninguna alteración sustancial que exija explicaciones.

Más, hay otras alteraciones que merecen consideración; y de las cuales pasamos á ocuparnos.

Al artículo 16 se ha agregado como aparte, el 403 del Código que se reforma, sin el párrafo final. Como aquel artículo es parte del Título Preliminar, que se ocupa de las *Disposiciones Fundamentales*, ó sean los principios generales que informan nuestro Derecho procesal; y el 403 prevee un caso especial que puede ocurrir al sentenciar un asunto en los Tribunales de segunda y tercera instancia, no encontramos justificada la variación. Es cuestión de método, que siempre contribuye á la claridad y á la oportunidad.

En el artículo 31 que sólo decía: «Si la sentencia de segunda instancia fuere conforme *de toda conformidad* en el fondo con la de primera, no habrá lugar á tercera, á menos que difieran en materia de costas»,-aparece suprimida la frase subrayada, que dá más fuerza á la disposición, y sustituido el resto así: «á menos que no condene en las costas de la instancia *(la segunda)* ó que haciéndolo, condene también en las de primera, no habiéndolo hecho el Juez ó Tribunal que sentenció en ésta. En tal caso el Tribunal de tercera instancia conocerá únicamente del punto sobre costas». La explicación que se hace, y que aclara la frase general; *á menos que difieran en materia de costas*, nos parece una reforma conveniente, porque presenta el punto con toda claridad.

En el artículo 98 que trata del caso en que por virtud de las solas pretensiones del demandante, haya de decidir el Tribunal sobre cosa de cuantía mayor á la que le corresponde, se hizo una variación consistente en sustituir las palabras, *de un tribunal de cuantía superior*, con las que se leen hoy, que son: *de un tribunal superior*. Así venía en los Códigos de 73 y de 80; pues la palabra *cuantía* se había agregado en la revisión de 95, para hacer notar que sólo se trataba de *cuantía*, y por tanto, que no podía darse el caso sino en los Tribunales de parroquia y de distrito ó canton, que son los limitados en el máximum de la *cuantía*, y no en los de primera instancia en que no hay esa limitación máxima. El ahorro de la voz *cuantía* no engendrará duda en una disposición que tanto se ha aplicado en la práctica.

En el artículo 117, causal 2ª al hablar de la mujer del recusado, se tuvo cuidado de decir: *si no está divorciada ó separada de cuerpo*, por cuanto la nueva ley del Código Civil sobre la materia establece el *divorcio* y *la separación de cuerpos*, como cosas distintas que vienen á ser.

En el artículo 138 que se refería á la recusación criminosa, y dejaba al recusado la acción de injuria, se agregó ahora también la de *calumnia*, pues bien pudiera llegar el recusante hasta ese extremo.

En el artículo 148 sobre fijación de carteles para la citación, se elimina la asistencia de testigos; lo cual simplifica el procedimiento.

Digitized by Google

En el 152, al hablar de la citación fuera de la residencia del Tribunal, y disponer que se remita con oficio la orden de comparecencia, á las palabras, *á uno de los Jueces territoriales*, se sustituyeron estas: *á cualquiera autoridad judicial del lugar donde se encuentre el demandado.* Bien pudiera entenderse que hasta á una Corte pudiera darse tal comisión, si no se atendiera á la Ley sobre *Jueces comisionados* que se encuentra más adelante, según la cual no sería aquello permitido. Y como al fin, es el juez territorial el que viene á practicar la citación, no encontramos objeto en la alteración hecha al artículo.

El 190 que es el 191 actual estaba redactado así: «Interpuesto el recurso de apelación en el término legal, el Tribunal lo admitirá ó lo negará en la audiencia siguiente.»

«Pero para dar curso á la apelación, se esperará que corran los cinco días para interponerla, sólo cuando ambas partes tuvieren derecho á intentarla.»

Eso tenía por objeto impedir una pérdida de tiempo absolutamente innecesaria, cuando no había ningún motivo para retardar la providencia, que era: si solo una parte tenía el derecho de apelar, porque la contraria había triunfado en todo, y en efecto aquella había interpuesto el recurso desde el principio. ¿Para qué esperar el término de los cinco días? ¿Para qué esperarlo, cuando teniendo las dos partes el derecho de apelar, lo hacen en los primeros días de los cinco que les dá la ley?

Ahora el artículo 191 dice: «Interpuesto el recurso de apelación en el término legal, el Tribunal lo admitirá ó lo negará en *la audiencia siguiente á la última de aquel término.*» Así queda anulado el propósito del legislador de evitar una pérdida de tiempo innecesaria.

En el artículo 222, hoy el 223, se sustituyó la frase final, *pero sólo hasta la audiencia siguiente*, con esta otra: *pero sólo hasta la audiencia siguiente* á aquella en que se los provea. Lo que quiso el legislador, fué reducir la reserva de los escritos de prueba, sólo durante las horas necesarias para que venciese el lapso de la promoción, para hacer imposible que conociendo una parte lo promovido por la otra antes de ese vencimiento, pudiera tomarse la ventaja de promoverle todavía una contraprueba; y al mismo tiempo evitar que hasta las doce de la noche, hora de la conclusión del lapso de la promoción, se molestasen las partes, y fuesen á molestar al Juez ó Secretario en la prima noche para entregarles sus escritos, como se venía haciendo muchas veces hasta entonces. Pero nó mantener esa reserva después de vencido el lapso de promoción; pues dando mas adelante la ley el derecho de objetar cada parte dentro de tres días, la prueba contraria, no podrían hacerlo, si siguiese tal reserva. Sería una verdadera inconsecuencia ó una contradicción en las disposiciones del Código.

El artículo 228 enumeraba los casos en que la acumulación podía hacerse aún de oficio.

Y el artículo 229 decía: «Sólo á solicitud de parte legítima puede acordarse la acumulación de autos en los casos siguientes:

1° En los de concurso necesario de acreedores.

2° Cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los pleitos cuya acumulación se pida, produzca excepción de cosa juzgada en el otro.

3° Cuando en un tribunal competente haya pendiente pleito sobre lo mismo que sea objeto de otro que se haya pronunciado después, *ó sobre materia conexa.*

4° Cuando de seguirse separados los pleitos se divida la continencia de la causa.

En cualquiera otro caso en que aparezca manifiesta la necesidad de evitar la multiplicidad de los pleitos, y el riesgo de que se libren sentencias contrarias ó contradictorias».

artículo 230 decía: «Se entenderá dividida la continencia de la causa s efectos del artículo precedente, etc.»

la reforma actual en el artículo 230 (229 anterior) al número 3° que concluía, *materia conexa*, le han agregado, *siendo distintas las personas y las acciones.*

Digitized by Google

El artículo 231 siguiente es idéntico al 230 anterior, y su doctrina, la que enseñan *Caravantes y Manresa y Navarro.*

¿Porqué aquella agregación? No lo sabemos, ni nos lo podemos explicar.

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española dice en su artículo 161:

«Las causas por que deberá decretarse (la acumulación de autos) son:

1ª Cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los pleitos, cuya acumulación se pida, produzca cosa juzgada en el otro.

2ª Cuando en juzgado competente haya pendiente pleito sobre lo mismo que sea objeto del que después se haya promovido.

3ª Cuando haya un juicio de concurso ó de quiebra al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado ó formule cualquier demanda.

4ª Cuando haya un juicio de testamentaría ó *ab intestato* al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado ó se formule una acción de las declaradas acumulables á estos juicios.

5ª Cuando de seguirse separadamente los pleitos se divida la continencia de la causa».

Caravantes en el tratado *de la acumulación de autos* número 387 dice: «Para la acumulación deben existir justas causas que la hagan necesaria. Estas causas *expuestas por nuestros tratadistas, Carleval, Parlodorio, Hevia Bolaños, Febrero* y otros, deducidas del Derecho romano y *de nuestros Códigos*, al tratar de las materias á que se refieren, y al prescribir las reglas sobre acumulación de acciones que ya hemos enumerado, (V. Curia Filípica Part. 1° § 8 números 8 y 9) *han sido adoptadas* por nuestra ley de enjuiciamiento *con algunas reformas* para cortar las dudas é interpretaciones que sobre las mismas se suscitaban».

La Ley española y la nuestra difieren en el método, pues aquélla pone todas las causales en un solo artículo y nosotros ponemos en un grupo y en un artículo las que autorizan para decretar de oficio la acumulación, y en otro grupo y otro artículo las que solo pueden ser alegadas por las partes para pedirla. Y se habrá notado ya que difieren también en que no se refiere la española á la conexión, mientras que el número 3° de la nuestra se refiere á ella. ¿Porqué? Porque en el *Título sobre Fuero competente*, hay la Sección 3ª que se llama de la *competencia por conexión ó por continencia de la causa*, que tiene este artículo:

«Art. 99. Cuando una misma causa haya sido promovida ante dos autoridades judiciales igualmente competentes, ó cuando una controversia tenga *conexión* con otra causa ya pendiente ante otra autoridad judicial, la decisión compete á la que haya prevenido».

«La citación determina la prevención».

¿Puede nadie dudar que es este un caso de litis-pendencia y de acumulación?—Pues este es el caso á que se refiere el número 3º del artículo 229 (hoy 230) con las palabras *ó sobre materia conexa.*—Y como esa *conexión* por el objeto, ó por el título ó hecho (art. 96) puede tener lugar aun siendo unas mismas las personas, no podemos explicarnos las palabras agregadas, —*siendo distintas las personas y las acciones.*—Acaso se confundió la *conexión* con la *continencia*, en que los mismos autores españoles advierten que se enumeran casos que están ó pueden estar comprendidos en otros. (Véase á *Caravantes* y á *Manresa y Navarro*, cuyas doctrinas hemos seguido).

Y solo nos resta decir ahora á nuestros lectores; que la Obra, cuya publicación hemos comenzado, consta de tres tomos, cada uno de los cuales trata de las materias de que se ocupa el correspondiente Libro, de del Código: que toda la Obra fue escrita siguiendo el Código de 1 hemos venido arreglándola al de 1895, que hizo muchas variaciones; en estado de llevarse á la imprenta el Tomo II: que éste lleva *Apéndice* en que se anotarán y estudiarán las reformas que acaban de y que lo mismo se hará respecto del Tomo III.

Abril de 1904.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

Digitized by Google

INDICE DEL TOMO PRIMERO

PROLOGO . . . . . Página 1

PROLEGOMENOS: . . . . . » 3

I Ojeada Histórica . . . . . » 4

II Algunas ideas elementales sobre procedimiento . . . » 8

III Plan del Código y de estos Estudios . . . . . » 11

LIBRO PRIMERO

TITULO PRELIMINAR

DISPOSICIONES FUNDAMENTALES

Artículos	1°.	Estudio	1°.	Página	17
»	2°.	»	2°.	»	19
»	3°.	»	3°.	»	22
»	4°. y 5°	»	4°.	»	24
»	6°. al 10.	»	5°.	»	26
»	11	»	6°.	»	36
»	12 y 13	»	7°.	»	45
»	14	»	8°.	»	50
	15 á 17	»	9°.	»	53
	18 á 21	»	10	»	57
	22 y 23	»	11	»	59
	24 á 29	»	12	»	60
	30 á 35	»	13	»	65
	36 y 37	»	14	»	69

Digitized by Google

LIBRO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

TITULO I

DEFENSA DE POBRES

Artículos 38 á 44	Estudio 15	Página 72
» 45 y 46	» 16	» 78
» 47 á 49	» 17	» 80
» 50	» 18	» 84

TITULO II

DE LAS PARTES

Artículos 51 á 56	Estudio 19	Página 86
» 57	» 20	» 99
» 58 á 60	» 21	» 102
» 61 á 67	» 22	» 112
» 68 á 70	» 23	» 117
» 71 á 74	» 24	» 120
» 75 á 77	» 25	» 127
» 78	» 26	» 126

TITULO III

DEL FUERO COMPETENTE

Artículo 79	Estudio 27	Página 130

Sección primera

DE LA COMPETENCIA POR LA MATERIA Y POR EL VALOR DE LA DEMANDA

Artículos 80 á 87	Estudio 28	Página 140

Sección segunda

DE LA COMPETENCIA POR EL TERRITORIO

Artículos 88 á 90	Estudio 29	Página 148
» 91	» 30	» 155
» 92 á 95	» 31	» 161

Sección tercera

DE LA COMPETENCIA POR CONEXION Ó POR CONTINENCIA DE LA C.

Artículos 96 á 100	Estudio 32	Pá

Sección cuarta

DISPOSICIONES RELATIVAS Á LOS NO DOMICILIADOS EN VENEZU

Artículos 101 á 104	Estudio 33	P

Digitized by Google

Sección quinta

DEL MODO DE DIRIMIR LA COMPETENCIA ENTRE LOS JUECES

Artículos 105 á 116	Estudio 34	Página 177

TITULO IV

DE LA RECUSACIÓN DE LOS JUECES Y OTROS FUNCIONARIOS

Artículo 117:		
Causas 1ª, 2ª y 3ª	Estudio 35	Página 189
» 4ª, 5ª, 6ª y 7ª	» 36	» 193
» 8ª, 9ª y 10ª	» 37	» 195
» 11ª, 12ª, 13ª y 14ª	» 38	» 197
» 15ª y 16ª	» 39	» 200
» 17ª, 18ª, 19ª y 20ª	» 40	» 202
» 21ª	» 41	» 203
Artículo 118	» 42	» 205
» 119 á 126	» 43	» 208
» 127 á 144	» 44	» 214

TITULO V

DE LAS CITACIONES

Artículos 145	Estudio 45	Página 221
» 146	» 46	» 227
» 147 y 148	» 47	» 229
» 149 á 151	» 48	» 233
» 152 y 153	» 49	» 236
» 154 á 156	» 50	» 238
» 157 y 158	» 51	» 240

TITULO VI

DEL LUGAR EN QUE SE HA DE DESPACHAR Y DE LOS TÉRMINOS

Artículos 159 á 161	Estudio 52	Página 241
» 162	» 53	» 246
» 163 á 166	» 54	» 251
» 167 y 168	» 55	» 257
» 169 y 170	» 56	» 260

TITULO VII

DE LAS SENTENCIAS

los 171 y 172	Estudio 57	Página 262
173	» 58	» 265
174 y 175	» 59	» 271
176 y 177	» 60	» 273
178 á 181	» 61	» 275
182 á 184	» 62	» 286

Digitized by Google

TITULO VIII

De las apelaciones

Artículos 185 á 187	Estudio 63	Página 294
» 188 á 190	» 64	» 299
» 191 á 196	» 65	» 303
» 197	» 66	» 309
» 198	» 67	» 311
» 199	» 68	» 315

TITULO IX

De los jueces comisionados

Artículos 200 á 202	Estudio 69	Página 321
» 203 á 206	» 70	» 326
» 207	» 71	» 328

TITULO X

De la conciliación

Artículos 208 á 210	Estudio 72	Página 330

TITULO XI

De la perención y del desistimiento

Sección primera

De la perención

Artículos 211 á 214	Estudio 73	Página 334

Sección segunda

Del desistimiento

Artículos 215 á 217	Estudio 74	Página 341

TITULO XII

De las audiencias, actuaciones y expedientes

Artículos 218 á 227	Estudio 75	Página 347
» 228 á 233	» 76	» 350
» 234 á 237	» 77	» 355

APÉNDICE . . . . . » 359

Digitized by Google

ERRATAS

Página	*Línea*	*Donde dice:*	*Léase:*
8	33	sierra	cierra
8	36	gerárgico	jerárquico
21	38	parientes de cualquier	parientes en cualquier
24	5	fuerza definitiva	fuerza de definitiva
30	25	impone	supone
48	22	liberal	literal
61	50	118 de la Constitución	118 de la Constitución de 1893, artículo 24 de la de 1901
67	24	puedan	pueden
80	14	los mismos del Código	los mismos 9 y 10 del Código
84	48	el mismo de los Códigos	el mismo 11 de los Códigos
101	37	menores y sin necesidad de autorización, por el marido	menores sin necesidad de autorización, y por el marido
102	27	Los cuatro	Los tres
102	28	llevan esos mismos números en los Códigos	llevan los mismos números 19, 20 y 21 en los Códigos
105	28	ó viceversa al hijo	ó viceversa: al hijo
119	28	haga lo contrario	haga constar lo contrario
121	32	suerum	suum
124	11	serum	suum
124	20	sentenciar	sustanciar
151	15	dividendo	dividundo
151	58	erecicundæ commumel dividum do y finium regodorum	erciscunde communi didundo y finium regundorum
153	40	encúbrese	encuéntrese
156	49	forur	forum
157	51	criscuncribe	circunscribe
170	35	al	el
170	38	al	el
186	37	aquéllos	aquéllas
208	50	artículo 120	artículo 121
209	46	expresa y	expresa ó
214	23	ponerlo	ponerla
275	32	en expediente	en el expediente
287	9	adversarim summ	adversarium suum
287	10	sus	suo
310	20	defiriendo	difiriendo
327	26	negarce	negarse
336	39	aquéllos	aquéllas
337	2	éstos	éstas
340	26	intentan	intentare

NOTA—De cambios y repeticiones de letras, así como de algunos defectos de impresión que se han escapado no nos hemos ocupado en las Erratas, sino de los errores que alteran la sustancia, y de otros que exigen claridad.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google